Konstitusionalisme Indonesia

Buku I
DASAR & TEORI

RUDY, S.H., LL.M., LL.D

UNIVERSITAS LAMPUNG

Konstitusionalisme Indonesia

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2002
tentang Hak Cipta

Lingkup Hak Cipta
Pasal 2:

1. Hak cipta merupakan hak ekslusif bagi Pencipta atau Pemegang Hak Cipta untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya, yang timbul secara otomatis setelah suatu ciptaan dilahirkan tanpa mengurangi pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Ketentuan Pidana:
Pasal 72

1. Barangsiapa dengan sengaja melanggar dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 Ayat (1) atau Pasal 49 Ayat (1) dan Ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah).
2. Barangsiapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran hak cipta atau hak terkait sebagai dimaksud pada Ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Konstitusionalisme Indonesia

buku 1
DASAR DAN TEORI

Rudy, SH., LL.M., LL.D

Pusat Kajian Konstitusi dan Peraturan
Perundang-Undangan (PKKPUU)
Fakultas Hukum Universitas Lampung

KONSTITUSIONALISME INDONESIA

Penulis : Rudy, S.H., LL.M., LL.D
Editor : HS Tisnanta
Sampul dan Tata Letak : Tri Purna Jaya

Cetakan Pertama, Agustus 2013
63 hlm + viii
15 x 23 cm

Hak Cipta dilindungi oleh Undang-Undang. Dilarang Mengutip atau Memperbanyak baik sebagian ataupun keseluruhan isi buku dengan cara apapun tanpa izin tertulis dari penerbit.

Perpustakaan Nasional Katalog Dalam Terbitan (KDT)
ISBN : 978-602-17813-1-9

Penerbit :
Pusat Kajian Konstitusi dan Peraturan Perundang-Undangan (PKKPUU)
Fakultas Hukum Universitas Lampung
Jl. Prof. Dr. Soemantri Brojonegoro, No. 1, Bandar Lampung

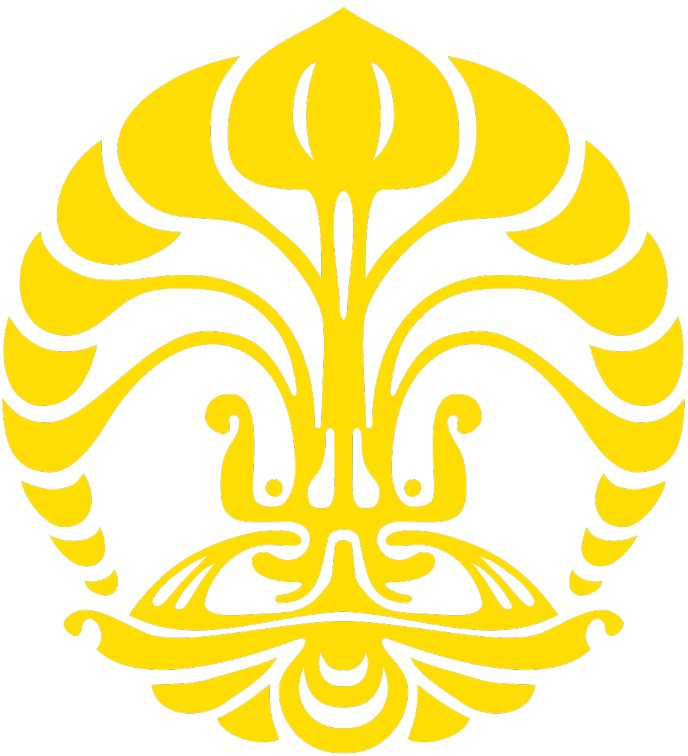
KATA PENGANTAR

Buku Konstitusionalisme Indonesia, Buku I Dasar dan Teori merupakan seri awal penulisan buku mengenai Konstitusionalisme Indonesia. Rencananya Buku Konstitusionalisme Indonesia akan terdiri dari 6 seri buku yang keseluruhannya akan mengupas Konstitusionalisme Indonesia secara komperensif.

Buku I Dasar dan Teori secara khusus mengupas mengenai dasar dan teori konstitusi dan konstitusionalisme mencakup teori kedaulatan, negara hukum, konstitusi dan konstitusionalisme, materi muatan konstitusi, perubahan konstitusi, pengujian konstitusional, penafsiran konstitusi, serta hak asasi manusia.

Di beberapa bagian dalam buku ini, penulis juga berusaha meluruskan beberapa pengertian teoretis yang penulis pikir kurang tepat disampaikan oleh buku-buku terdahulu yang materi muatannya senada dengan buku ini, misalnya mengenai redefinisi pengujian konstitusional dan klasifikasi konstitusi.

Akhirnya penulis berharap buku ini bisa menjadi bahan bacaan bagi dosen, mahasiswa, dan masyarakat sehingga virus pemahaman konstitusi bisa meluas dan menjadi motor bagi pembangunan Indonesia.



UNIVERSITAS
INDONESIA

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR
DAFTAR ISI

BAB 1
Kedaulatan
A.Pengertian
B. Teori Kedaulatan Tuhan
C. Teori Kedaulatan Raja
D. Teori Kedaulatan Negara
E. Teori Kedaulatan Rakyat
F. Teori Kedaulatan Hukum
G. Konstitusi, Hukum, dan Kedaulatan Rakyat

BAB 2
Negara Hukum
A. Pengertian
B. Unsur-Unsur Negara Hukum
C. Klasifikasi Negara Hukum
D. Negara Hukum Indonesia

BAB 3
Konstitusi dan Konstitusionalisme
A. Pengertian dan Klasifikasi Konstitusi
B. Dua Dimensi Konstitusionalisme
C. Legitimasi Konstitusi

BAB 4
Materi Muatan Konstitusi
A. Pembukaan
B. Isi Konstitusi

BAB 5
Perubahan Konstitusi
A. Pengertian
B. Mekanisme Perubahan Konstitusi

BAB 6
Pengujian konstitusional
A. Redefinisi Pengujian Konstitusional
B. Legitimasi Pengujian Konstitusional
C. Tipologi Constitutional Review dan Judicial Review

BAB 7
Penafsiran Konstitusi
A. Pengertian Umum
B. Dua Kutub Tradisi Penafsiran Konstitusi
C. Moral Reading Ronald Dworkin

BAB 8
Hak Asasi Manusia
A. Pengertian Umum
B. Konstitusi dan HAM
C. Sejarah HAM

Bab 1
KEDAULATAN

A. Pengertian

Kedaulatan, bahasa Latinnya *supremus*, bahasa Inggrisnya *sovereignty,* bahasa Italianya disebut *sovranita* yang berarti tertinggi. Kedaulatan dalam bahasa Arab *daulah*, daulat yang artinya kekuasaan. Kedaulatan dari berbagai bahasa itu dapat diartikan sebagai wewenang satu kesatuan politik.[1]

Kedaulatan adalah konsep mengenai kekuasaan tertinggi dalam negara. Kedaulatan menurut Jack H. Nagel sebagaimana dikutip Jimly Asshiddiqie[2] mempunyai dua arti penting meliputi lingkup kekuasaan dan jangkauan kekuasaan. Lingkup kedaulatan mencakup aktivitas atau kegiatan dalam fungsi kedaulatan, sedangkan jangkauan kedaulatan berkaitan dengan siapa yang menjadi subyek dan pemegang kedaulatan.

Konsep kedaulatan dalam alam pikiran modern pertama kali dikemukakan oleh Jean Bodin. Selanjutnya, konsep ini terus berkembang dan tercatat beberapa nama penting disinggung setiap kali berbicara tentang Kedaulatan, yaitu Thomas Hobbes, George Jellinek, John Locke dan Jean Jacques Rousseau. Konsep tersebut dikembangkan sebagai reaksi atas kekuasaan yang terlalu besar dari kaum penguasa negara dan gereja, khusus pada abad pertengahan di Eropa.

Kedaulatan menurut Jean Bodin mempunyai 3 sifat pokok yaitu:[3]

---

[1]Jimly Asshidiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia: Pasca Reformasi,* (Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2008), hal. 158.

[2]Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia,* (Jakarta: PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994), hal. 9.

[3]Menurut Bodin, setiap entitas politik yang berdaulat mempunyai otoritas yang absolute, indivisible, and permanent, lihat Scott Gordon, *Controlling the state: constitutionalism from ancient Athens to today,* (Harvard University Press, paperback edition, 2002), p. 22

1. Absolute atau Absolut
   Artinya kedaulatan tersebut tidak ada terbatas, sebab apabila terbatas maka sifat tertinggi akan lenyap.
2. Indivisible atau tidak terbagi
   artinya kedaulatan itu tidak berasal dari kekuasaan lain yang lebih tinggi dan hanya satu-satunya kekuasaan yang tertinggi;
3. Permanent atau Abadi
   Permanen artinya kedaulatan yang tetap ada selama negara itu masih berdiri;

Jimly Asshidiqie[4] mewakili *scholar* dari Indonesia menyimpulkan bahwa kedaulatan adalah sebagai kekuasaan yang tertinggi dalam suatu negara atau kesatuan yang tidak terletak dibawah kekuasaaan lain.

B. Teori Kedaulatan Tuhan

Teori ini berkembang pada abad VXV atau abad pertengahan di mana pada saat itu muncul dua organisasi kekuasaan yaitu organisasi kekuasaan Negara yang dipimpin oleh Raja, dan organisasi kekuasaan gereja yang dipimpin oleh Paus. Kedua organisasi ini memiliki ideologi yang sungguh berbeda akan tetapi kedua organisasi ini percaya dan mengakui bahwa kekuasaan tertinggi berada di tangan Tuhan. Hanya saja yang menjadi pokok permasalahannya adalah siapa yang menjadi wakil Tuhan di dunia. Oleh sebab itu kedua organisasi ini saling memegang teguh masing-masing ideologi mereka yang mana dari organisasi kekuasaan Negara memandang bahwa yang menjadi wakil Tuhan di dunia adalah Raja sedangkan dari organisasi kekuasaan gereja berasumsi bahwa yang menjadi wakil Tuhan adalah Paus. Hal ini terlihat jelas betapa bertolak belakangnya kedua organisasi kekuasaan tersebut.

Salah satu tokoh dari kedaulatan tuhan adalah Thomas Aquinas yang terkenal lewat karyanya Summa Theologia. Thomas Aquinas dalam karyanya menyatakan bahwa meskipun kedaulatan tidak terikat oleh daya paksa hukum, tetapi kedaulatan tunduk pada hukum tuhan dan hukum alam dengan sanksi yang dipaksakan oleh Tuhan. [5]

[4] *Ibid*.

[5] Brian Z Tamanaha, *on The Rule of law*, (Cambridge University Press, 2004), p. 19.

C. Teori Kedaulatan Raja

Ajaran kedaulatan raja beranggapan bahwa rajalah yang memegang kekuasaan tertinggi negara. Pandangan ini muncul terutama setelah periode sekularisasi negara dan hukum di Eropa. Raja dalam hal ini bahkan dianggap sebagai pemimpin suci yang dipilih termasuk sebagai pemegang kedaulatan untuk menciptakan hukum dan sekaligus melaksanakannya.[6]

Padmo Wahjono menyatakan kedaulatan raja dalam hal ini dapat digabungkan dengan teori pembenaran negara yang menimbulkan kekuasaan mutlak pada raja. Misalnya, teori-teori kekuasaan jasmani atau teori-teori perjanjian dari pada Thomas Hobbe, ajaran ini sampai pada puncaknya pada ajaran yang berslogan "i'etat cest moi".[7]

Jika ajaran kedaulatan raja pada mulanya dapat diterima oleh rakyat maka lama-kelamaan ia ditolak bahkan dibenci oleh karena sifat raja yang sewenang-wenang. Rakyat tidak dapat tempat perlindungan lagi dari raja dan disana sini rakyat mulai sadar bahwa keadaan semacam itu tidak dapat dipertahankan lagi. Sejak itu mulailah muncul ajaran-ajaran baru yang memberi jaminan kepada rakyat yang sewajarnya. Diantaranya adalah ajaran dari monarchomachen hendak membatasi kekuasaan raja. Baru kemudian muncul ajaran kedaulatan rakyat dari Rousseau yang disusul dengan pemberontakan rakyat.[8]

D. Teori Kedaulatan Negara.

Teori ini berawal dari tindakan Raja yang merasa berkuasa untuk menetapkan agama yang harus di anut oleh rakyatnya, karena Raja berasumsi bahwa ia tidak bertanggung jawab kepada selain Tuhan. Sehingga rakyat yang tadinya berasumsi sama dengan Raja yaitu hukum yang harus di taati adalah hukum Tuhan, sekarang justru berganti haluan yaitu bahwa negaralah yang harus ditaati. Negaralah satu-satunya yang berwenang menciptakan dan menetapkan hukum. Di luar Negara tidak ada satu orang pun yang berwenang menetapkan hukum. Dan dari sinilah awal dari teori kedaulatan Negara, di mana Negara adalah satu-satunya sumber hukum yang memiliki kekuasaan tertinggi atau kedaulatan. Tokoh dari paham Kedaulatan Negara adalah Jellinek, Jean Bodin, dan Thomas Hobbes.

Menurut *Jellinek,* hukum adalah penjelmaan kehendak negara, jadi

---

[6]Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan... Op.Cit.,* hal. 10.

[7]Padmo Wahjono, *Ilmu Negara,* (Jakarta: Indo Hill co., 1996), hal. 155

[8] Moh. Koesnardi, dan Bintan R. Saragih, *Ilmu Negara,* (Jakarta: Perintis Press, 1985), hal. 107

hukum diciptakan oleh negara, dengan demikian satu-satunya sumber hukum adalah negara. Masih menurut *Jellinek*, adat kebiasaan dapat menjadi hukum, apabila negara telah menetapkan sebagai hukum.[9]

Thomas Hobbes dalam mengemukakan teorinya berangkat dari perjanjian antar individu untuk melahirkan suatu negara. Perjanjian antar individu yang terkenal dengan teori kontrak negara ini yang membedakan pandangan antara Hobbes dengan Bodin. Dalam perjanjian itu, para individu yang selalu bertikai itu menyerahkan semua hak mereka kepada negara. Ini berarti perjanjian yang dilakukan bukan antara individu dengan negara, sebab negara adalah buah dari perjanjian itu, dan tidak mempunyai kewajiban apapun terhadap para individu. [10]

Paham ini melahirkan absolutisme negara, dan absolutisme negara ini diperkuat dengan teori kontrak negara tersebut. Hobbes bukan tidak menyadari jika absolutisme ini dapat saja disalahgunakan oleh penguasa. Untuk itu ia menyatakan penguasa masih mempunyai kewajiban untuk bertanggung jawab kepada Tuhan, karena kekuasaan yang diperolehnya berasal dari Tuhan, bukan dari masyarakat. Landasan moral inilah satu-satunya pembatas yang dapat menghindarkan negara dari kesewenang-wenangan.[11]

E. Teori Kedaulatan Rakyat

Teori kedaulatan rakyat bertolak dari persepsi bahwa sesungguhnya rakyatlah yang memegang kekuasaan tertinggi dalam negara bukan penguasa. Tokoh–tokoh teori kedaulatan rakyat adalah John Locke, Montesquie, dan Jean Jacque Rosseau. Teori kedaulatan rakyat lahir sebagai reaksi dari teori kedaulatan raja dan teori kedaulatan negara yang melahirkan absolutisme karena penguasa cenderung mempertahankan dan memperluas kekuasaannya.

Kekuasaan negara dalam konteks teori kedaulatan negara tidaklah tak terbatas. Kekuasaan yang dimiliki negara datang dari para individu yang membuat perjanjian, bukan dari Tuhan seperti teori Hobbes. Jika Hobbes berpendapat bahwa individu-individu senantiasa bertikai, Locke sebaliknya mengatakan bahwa manusia itu pada awalnya hidup dalam kedamaian. Situasi ini baru berubah setelah manusia mulai diperdayai

[9]Soehino, *Ilmu Negara,* (Liberty, Yogyakarta, 2000), hlm 155.

[10]Scott Gordon, *op. cit.,* p. 25

[11]*Ibid.*

oleh materi, termasuk masalah tanah. Untuk melindungi hak milik inilah yang membuat para individu bersepakat mendirikan negara. Hak milik ini meliputi pula hak-hak asasi manusia yang paling utama, seperti hak untuk hidup dan kebebasan. Para individu yang mengadakan perjanjian tersebut kemudian menyerahkan hak-haknya kepada negara, dan sebagai konsekuensinya, pembatasan kekuasaan negara harus dicantumkan dalam suatu naskah dasar perjanjian masyarakat yang sering disebut sebagai *legez fundamentalis*. *Legez fundamentalis* ini yang kemudian berkembang pengertiannya menjadi konstitusi.

Sementara itu, Jean Jacques Rousseau merupakan ahli hukum tata negara yang menentang keras absolutisme negara. Menurutnya:[12]

> In the ideal social collectivity, the opinions, interests, and preferences of individuals are amalgamated into the "general will," which is the only legitimate sovereign authority-legitimate because it contains, and transcends, the wills of the individual members. In such a regime, laws that are in accordance with the general will are not coercive, and they are never unjust, for no one can coerce or be unjust to one self.

Setiap individu memiliki kehendaknya sendiri, tetapi di sisi lain juga ada kepentingan para individu untuk menjaga hubungan sosial. Hal terakhir ini disebut kehendak umum atau *general will* (*volonte generale*). Tugas negara adalah menjalankan kehendak umum dari rakyat itu. Ini berarti kehendak rakyat identik dengan kehendak negara. Rakyat yang memiliki negara, bukan penguasa. Rakyatlah pemilik kedaulatan.

Selain *volonte generale* terdapat pula *volonte de tous* yang menurut Rosseau hanya dipergunakan oleh rakyat seluruhnya sekali saja waktu Negara hendak dibentuk melalui perjanjian masyarakat. Maksud *volunte de tous* ini untuk memberikan dasar agar supaya Negara dapat berdiri abadi, karena ini merupakan kebulatan kehendak, dan jika Negara itu sudah berdiri, pernyataan setuju tidak bisa ditarik kembali. Untuk selanjutnya *volunte de tous* ini sudah tidak dipakai lagi, karena jika setiap keputusan harus dilakukan dengan suara bulat, maka roda pemerintahan tidak dapat

[12]Scott Gordon, *op. cit.,* p. 31

berjalan.[13]

Meskipun demikian, Rosseau tidak menyetujui jika penyerahan kewenangan rakyat pada penguasa atau negara adalah wujud dari penyerahan hak dan kebebasan belaka. Kontrak sosial bermakna penyerahan untuk mewujudkan kebebasan itu sendiri. Kontrak sosial menghidupkan tatanan pemerintahan dan struktur kenegaraan yang teratur sekaligus menepis kegundahan filosofis yang mendera rakyat di era *state of nature*.[14]

Di Indonesia, perdebatan mengenai gagasan kedaulatan rakyat sudah mengemuka jauh sebelum penyusunan UUD 1945. Baik Soekarno melalui majalah Fikiran Ra'jat dan Soeloeh Indonesia Moeda, maupun Hatta melalui majalah Daoelat Ra'jat sudah mengemukakan gagasan kedaulatan rakyat yang meliputi demokrasi politik dan demokrasi ekonomi.[15]

Pada perkembangannya, prinsip kedaulatan rakyat inilah yang kemudian melahirkan konsep demokrasi yang menempatkan rakyat sebagai pemegang kedaulatan. Dengan berkembangnya negara dan dunia, prinsip kedaulatan rakyat ini kemudian terwujud dalam sistem demokrasi perwakilan.

Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim mengemukakan, rakyatlah yang dianggap sebagai pemilik dan pemegang kekuasaan tertinggi dalam suatu negara.[16] Sebagai pemilik dan pemegang kekuasaan, rakyat menentukan corak dan cara pemerintahan diselenggarakan, serta menentukan tujuan yang hendak dicapai negara.[17] Dalam UUD 1945, kedaulatan rakyat dilaksanakan melalui sistem perwakilan (*representation*). Jimly Asshidiqie menyatakan bahwa kedaulatan rakyat dengan sistem perwakilan atau demokrasi biasa juga disebut sistem demokrasi perwakilan (*representative democracy*) atau demokrasi tidak langsung (*indirect democracy*).[18]

Sementara itu Hatta yang mempunyai pandangan bahwa kedaulatan rakyat berarti bahwa kekuasaan untuk mengatur pemerintahan dan negara ada pada rakyat, rakyat yang berdaulat, berkuasa untuk menentukan

---

[13]Lihat Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Hukum Tata Negara Indonesia,* Ctk Ketujuh, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI dan CV Sinar Bakti, 1988), hal. 126.

[14]Fahri Hamzah, *Negara Pasar dan Rakyat,* (Faham Indonesia, 2010), hal. 26-27.

[15]Lihat Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan... Op.Cit.,* hal. 2.

[16]Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia,* (Jakarta: PSHTN FHUI, 1983), hal. 328.

[17]Jimly Asshidiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Indonesia,* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah konstitusi, 2006), hal. 168.

[18]*Ibid*, hal. 328.

cara bagaimana ia harus diperintah. Tetapi putusan rakyat yang menjadi peraturan pemerintah bagi orang semuanya ialah keputusan yang ditetapkan dengan cara mufakat dalam suatu perundingan yang teratur bentuk dan jalannya.[19]

F. Teori Kedaulatan Hukum

Teori ini menyatakan bahwa yang memiliki kekuasaan tertinggi dalam suatu negara ialah hukum, karena itu baik raja, penguasa, dan rakyat serta negara sendiri tunduk terhadap hukum. Hugo Krabbe sebagai salah seorang ahli yang mempelopori aliran ini berpendapat bahwa negara sudah seharusnya negara hukum (*rechstaat*) dan setiap tindakan negara harus didasarkan pada hukum atau harus dapat dipertanggungjawabkan pada hukum.[20]

Menurut Krabbe yang menjadi sumber hukum adalah rasa hukum, yang terdapat di masyarakat. Rasa hukum ini dalam bentuknya masih sederhana atau primitif, dan dalam bentuknya yang telah maju disebut kesadaran hukum Kalau diperhatikan lebih jauh ke belakang, konsep kedaulatan yang didasarkan pada hukum ini adalah suatu reaksi atas prinsip ajaran teori kedaulatan negara.[21]

G. Konstitusi, Hukum, dan Kedaulatan Rakyat

Konstitusi dan kedaulatan rakyat sangat berkaitan erat karena hakikinya konstitusi merupakan suatu bentuk hukum dari konsepsi kedaulatan rakyat. Dalam perkembangannya rakyat menyelenggarakan kedaulatan yang dimilikilinya melalui wakilnya. Para wakil rakyat inilah yang kemudian mewakili mayoritas rakyat melalui partai politik. Oleh karenanya masyarakat memberikan mandat kepada para wakilnya untuk mewakili kepentingannya dalam proses politik dan pemerintahan.

Dapat dikatakan bahwa partai politik itu pada pokoknya memiliki kedudukan (*status*) dan peranan (*role*) yang sentral dan penting dalam setiap sistem kedaulatan rakyat. Partai politik biasa disebut sebagai pilar demokrasi (ada juga yang menyebut sebagai salah satu infrastruktur politik), karena mereka memainkan peran yang penting sebagai penhubung antara

---

[19]Zulfikri Suleman, *Demokrasi untuk Indonesia: Pemikiran Politik Bung Hatta,* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2010), hal. 12-13.

[20]Soehino, *op. cit.,* hal. 156-158

[21]*Ibid.*

 pemerintahan negara (*the state*) dengan warga negara nya (*the citizen*).[22]

Di sisi lain, teori kedaulatan hukum menyatakan bahwa yang memiliki kekuasaan tertinggi dalam suatu negara ialah hukum, karena itu baik raja, penguasa, dan rakyat serta negara sendiri tunduk terhadap hukum. Konsep kedaulatan ini kemudian melahirkan negara hukum yang mempunyai unsur utama bahwa setiap tindakan negara harus didasarkan pada hukum atau harus dapat dipertanggungjawabkan pada hukum.

Dalam konsep ini, kedudukan konstitusi dalam suatu negara hukum merupakan hal yang sangat penting karena hukum akan selalu berdasarkan konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara. Dengan kata lain, segala tindakan atau perilaku seseorang maupun penguasa berupa kebijakan yang tidak didasarkan atau menyimpang konstitusi, berarti tindakan tersebut adalah inkonstitusional.

Dari perspektif negara sebagai organisasi kekuasaan, maka konstitusi menetapkan bagaimana kekuasaan dibagi anatara beberapa lembaga kenegaraan, misalnya antara badan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Konstitusi menentukan cara-cara bagaimana pusat-pusat kekuasaan ini bekerja sama dan menyesuaikan diri satu sama lain, dan merekam hubungan-hubungan kekuasaan dalam suatu negara.[23]

Kedaulatan rakyat, konstitusionalisme, dan kedaulatan hukum (negara hukum) kemudian melahirkan apa yang disebut sebagai negara hukum berdasar pada demokrasi konstitusional atau *constitutional democracy*.

[22]Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum,... Op. Cit,* Hal. 710

[23]Dahlan Thaib, Jazim Hamidi dan Ni'matul Huda, *Teori dan Hukum Konstitusi,* (Jakarta: PT Raja grafindo, 1999), hal. 9.

Bab 2
NEGARA HUKUM

A. Pengertian

Konsepsi negara hukum telah ada sejak dahulu. Dalam konteks ini Aristoteles menyatakan bahwa hakim harus memutus suatu perkara berdasarkan hukum: [24]

> "those who sit in judgment judge of things present, towards which they are affected by love, hatred, or some kind of cupidity; wherefore their judgment is perverted."

Sejalan dengan Aristoteles, Aquinas menyatakan bahwa hukum harus didasarkan pada logika dan ditujukan untuk kebaikan umum. Aquinas berkeras bahwa hukum positif yang tidak adil adalah bukan hukum.[25]

Dari sudut tradisi dan sejarah hukum, konsep negara hukum berkembang dari Hukum Adat Jermania tua. Hukum Adat Jermania tua mempunyai suatu prinsip bahwa Raja berada di bawah hukum dan prinsip ini telah berlaku sebagai sumber dari *Rule of law* pada masa abad pertengahan. Prinsip ini berlawanan dengan ketentuan Hukum Romawi yang menganut prinsip monarki yang absolut. Hukum Jermania tua kemudian mempengaruhi secara luas keseluruhan tradisi hukum Eropa termasuk Inggris, Perancis, dan Spanyol sebagai akibat ekspansi bangsa jerman. [26]

Sebagian besar hukum dalam periode Abad Pertengahan adalah hukum adat, bukan undang-undang atau hukum positif. Hukum adat

---

[24]Brian Z Tamanaha, *Op. Cit.,,* p. 19

[25]*Ibid.*

[26]*Ibid*, p. 23.

 pada masa abad pertengahan mempunyai legitimasi paling kuat karena bersumber pada suatu kebiasaan kuno yang sakral. Selain itu hukum adat sangat erat hubungannya dengan persetujuan rakyat berdasarkan fakta bahwa hukum adat tersebut mendapat pengakuan dan kepatuhan secara luas.[27]

Negara hukum dalam perkembangannya di Eropa dibedakan antara negara hukum formil dan negara hukum materiil. Berkenaan dengan hal ini, Utrecht[28] membedakan antara Negara Hukum Formil atau Negara Hukum Klasik, dan Negara Hukum Materiel atau Negara Hukum Modern. Negara Hukum Formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Sedangkan yang kedua, yaitu Negara Hukum Materiel yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya.

Negara hukum formil dan negara hukum materiil bisa disandingkan dengan teori positif dan teori negatif dalam hukum administrasi negara. Teori positif adalah ketentuan-ketentuan hukum administrasi negara yang mengatur tata cara pemerintah turut serta dalam pergaulan masyarakat sedangkan teori negatif adalah ketentuan yang melarang pemerintah mengintervensi hak-hak tertentu masyarakat.[29]

Sementara itu di Indonesia, negara hukum pada awalnya dikenal dengan konsep *rechtstaat* yang dilawankan dengan *machstaat*. Mengenai hal ini Bagir Manan[30] menegaskan bahwa Negara Indonesia berdasarkan hukum (*rechtstaat*) mengandung makna bahwa dalam sistem UUD 1945, negara hukum yang dimaksud adalah tidak hanya dalam bentuk formal saja namun juga dalam arti materiil. Hukum adalah sesuatu yang *supreme* dengan tujuan menciptakan kesejahteraan umum, keadilan sosial, dan tegaknya hak-hak pribadi.

Perkembangan ketanegaraan Indonesia menyebabkan negara hukum *rechtstaat* kemudian beralih menjadi negara hukum konstitusional. A. Mukhtie Fadjar[31] dalam hal ini menyatakan bahwa negara hukum ialah negara yang susunannya di atur dengan sebaik-baiknya dalam undang-

---

[27]*Ibid.*

[28]Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia,* (Jakarta: Ichtiar, 1962), hal. 9.

[29]Bagir Manan, *Lembaga Kepresidenan,* (Yogyakarta: FH UII Press, 2003), hal. 13.

[30]*Ibid*. hal. 14.

[31]A. Mukhtie Fadjar, *Tipe Negara Hukum,* (Malang: Bayumedia Publishing, 2005), hal. 7

undang, sehingga segala kekuasaan dari alat-alat pemerintahannya didasarkan pada hukum. Rakyat tidak boleh bertindak secara sendiri-sendiri menurut kemampuannya yang bertentangan dengan hukum. Negara hukum itu ialah negara yang diperintah oleh hukum dan bukan oleh orang-orang tertentu (*the states not governed by men, but by law*).

Penulis sendiri berpendapat bahwa Negara Hukum Konstitusional bermakna bahwa segala tindakan negara harus didasarkan pada konstitusi dan hukum yang berintikan pada pengayoman kepada warga negara yang mempunyai tujuan akhir kepada kesejahteraan.

B. Unsur-Unsur Negara Hukum

Apakah unsur-unsur dari negara hukum? Dari ranah Eropa kontinental, F.J. Stahl menyatakan bahwa unsur-unsur negara hukum terdiri dari:

1. Adanya jaminan terhadap Hak Asasi Manusia;
2. Adanya pembagian kekuasaan;
3. Pemerintahan haruslah berdasarkan peraturan-peraturan hukum;
4. Adanya peradilan administrasi.

Sementara itu dari ranah tradisi hukum *common law*, negara hukum *Rule of law* (RoL) menjadi populer oleh uraian A.V. Dicey dalam bukunya yang berjudul *Law and the Constitution* (1952). Menurut Dicey, unsur-unsur *Rule of law* mencakup:

1. Supremasi aturan-aturan hukum (*supremacy of law*);
2. Kedudukan hukum yang sama di hadapan hukum (*equality before the law*);
3. Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang serta keputusan-keputusan
4. Peradilan yang bebas dan tidak memihak.

H.W.R Wade[32], mengidentifikasi lima pilar Negara hukum sebagai berikut:

1. Semua tindakan pemerintah harus menurut hukum
2. Pemerintah harus berprilaku di dalam suatu bingkai yang diakui peraturan perundang-undangan dan prinsip-prinsip yang membatasi kekuasaan diskresi;
3. Sengketa mengenai keabsahan (*legality*) tindakan pemerintah akan diputuskan oleh pengadilan yang murni independen dari eksekutif;

32 HWR Wade, Administrative Law, (Oxford, 1984), p. 22-24

4. Harus seimbang antara pemerintah dan warga negara; dan
5. Tidak seorangpun dapat dihukum kecuali atas kejahatan yang ditegaskan menurut undang-undang.

International Commission of Jurist, yang merupakan suatu organisasi ahli hukum internasional dalam konferensinya di Bangkok tahun 1965 kemudian memperluas konsep *rule of law* dan menekankan apa yang dinamakan "aspek dinamis dari *rule of law* di era modern". Dikemukakan bahwa syarat-syarat dasar untuk terselenggaranya pemerintah yang demokratis di bawah *rule of law* adalah:

1. perlindungan konstitusional, dalam arti bahwa konstitusi selain dari menjamin hak-hak individu, harus menentukan juga cara prosedural untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin;
2. badan kehakiman yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial tribunals*);
3. pemilihan umum yang bebas;
4. kebebasan untuk menyatakan pendapat;
5. kebebasan untuk berserikat dan beroposisi;
6. pendidikan kewarganegaraan.

Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih, menyatakan bahwa, ciri-ciri khas bagi suatu negara hukum adalah adanya:

1. Pengakuan dan perlindungan atas hak-hak asasi manusia;
2. peradilan yang bebas dari pengaruh sesuatu kekuasaan atau kekuatan lain dan tidak memihak;
3. legalitas dalam arti hukum dalam segala bentuknya.

Pendapat lain mengenai elemen dari negara hukum datang dari Bagir Manan yang menyatakan bahwa dalam ajaran negara hukum memuat tiga dimensi penting, yaitu dimensi politik, hukum dan sosial ekonomi.[33] Dalam dimensi politik, negara hukum memuat prinsip pembatasan kekuasaan yang menjelma dalam keharusan paham negara berkonstitusi, pembagian (pemisahan) kekuasaan, kemerdekaan kekuasaan kehakiman, dan jaminan serta penghormatan terhadap hak asasi (HAM).

Akhirnya, dengan melihat karakteristik pembukaan dan batang tubuh UUD 1945 penulis berpendapat bahwa unsur-unsur negara hukum terdiri dari:

1. Konstitusi dan Hukum yang mengayomi;

---

[33]Bagir Manan, *Pemikiran Negara Berkonstitusi di Indonesia,* Makalah disampaikan pada Temu Ilmiah Nasional Mahasiswa Hukum Se-Indonesia, FH Unpad, Bandung. 6 April 1999, hal. 2.

2. Pembatasan kekuasaan negara berdasarkan konstitusi;
3. Tindakan negara berdasarkan konstitusi dan Hukum;
4. Perlindungan Konstitusional dan Hukum dalam segala bentuknya.

C. Klasifikasi Negara Hukum

Peninjauan negara hukum dari perspektif tradisi hukum menghasilkan beberapa klasifikasi negara hukum yang ada saat ini yaitu:

1. Negara Hukum *Rule of law;*
2. Negara Hukum *Rechtstaat;*
3. Negara Hukum Islam/Nomokrasi Islam;
4. Negara Hukum Sosialis.

Mengenai negara hukum *rule of law* dan negara hukum *rechtstaat*, Philipus M. Hadjon[34] menjelaskan bahwa antara konsep *rechtstaat* dan *the rule of law* memang terdapat perbedaan. Konsep *rechtstaat* lahir dari perjuangan menentang absolutisme sehingga bersifat revolusioner yang bertumpu pada sistem hukum kontinental yang disebut *civil law system* atau *modern roman law* dengan karakteristik administratif. Sebaliknya *the rule of law* berkembang secara evolusioner dan bertumpu pada *common law system* atau hukum masyarakat awam dengan karakteristik yang bertumpu pada putusan pengadilan.

Michel Rosenfeld[35] menyatakan bahwa *rechtstaat* dan *rule of law* sangat berbeda secara signifikan terutama dalam perspektif hubungan antara negara dan hukum. *Rechtstaat* merupakan negara hukum yang yang dihasilkan dari simbiosis antara negara dan hukum. Dalam konteks ini, hukum menjadi sangat terkait dengan negara karena hukum adalah satu-satunya sumber legitimasi penggunaan kekuasaan negara. Dengan demikian, karakter prosedural menjadi ciri khusus dari *rechtstaat*.

Meskipun terdapat perbedaan, Michel Rosenfeld mengidentifikasikan persamaan keduanya. Menurut Rosenfeld, persamaan yang penting antara *rule of law* dan *rechtstaat* adalah keduanya mempunyai beberapa elemen-elemen yang sama; elemen ini salah satunya hubungan negara dan institusionalisasi rejim hukum. Keduanya mensyaratkan kewajiban negara untuk melandaskan kekuasaannya pada hukum sesuai dengan prinsip-

---

[34]Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia,* (Surabaya : PT. Bina Ilmu, 1987), hal. 72

[35]Michel Rosenfeld, *The Rule of law and the Legitimacy of Constitutional Democracy,* 74 S. Cal Law Review, 2001.

 prinsip legalitas.[36]

Selain itu, kekuasaan kehakiman yang bebas menjadi pilar yang sangat penting baik dalam negara hukum *rechtstaat* maupun negara hukum *rule of law*. Dengan kata lain, keberadaan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas, dan tidak memihak menjadi syarat yang penting bagi kedua tradisi hukum tersebut.[37]

Di sisi lain, Nomokrasi Islam adalah suatu negara hukum yang didasarkan pada asas-asas dan kaidah-kaidah hukum Islam. Nomokrasi Islam memiliki atau ditandai oleh prinsip-prinsip umum yang dicontohkan dalam Al Quran dan Sunnah. Di antara prinsip-prinsip tersebut, maka prinsip musyawarah, keadilan, dan persamaan merupakan prinsip-prinsip yang menonjol dalam Nomokrasi Islam.[38]

Nomokrasi Islam diwujudkan dalam bentuk Negara Madinah pada masa Nabi Muhammad. Dalam Negara Madinah, penegakan hukum sangat diutamakan sehingga supremasi hukum merupakan ciri kunci pada Negara Madinah. Nabi Muhammad SAW baik sebagai Rasulullah maupun sebagai kepala negara telah melaksanakan tugasnya sesuai dengan petunjuk-petunjuk Al Quran. Karena itu Negara Madinah dapat disebut sebagi *prototype* negara hukum dalam perspektif Al Quran dan Sunnah.[39] Secara historis, kontekstualisasi kehidupan masyarakat Madinah di bawah pimpinan Nabi Muhammad SAW merupakan contoh penerapan demokrasi di alam modern.[40]

Terakhir, Negara Hukum Sosialis adalah suatu konsep yang dianut oleh negara komunis dan sosialis seperti misalnya China dan Vietnam. Dalam konsep negara hukum sosialis, hukum berada di bawah sosialisme. Hak perseorangan dapat disalurkan kepada prinsip-prinsip sosialisme, meskipun hak tersebut patut mendapat perlindungan.[41] Prinsip sosialisme

---

[36]*Ibid.*

[37] Pusat Penelitian dan Pengkajian Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Mekanisme Impeachment dan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi,* (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2005), hal. 12

[38]Muhammad Tahir Azhary yang merinci unsur nomokrasi Islam dalam 9 unsur, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini,* (Jakarta: Prenada Media, 2003), hal. 88

[39]Muhammad Tahir Azhary et. Al., *Piagam Madinah sebagai Konstitusi Negara Madinah dalam Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana dan Hukum Islam,* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012), hal. 400.

[40]Fahri Hamzah. *Op. Cit.,,* hal. 188

[41]Muhammad Tahir Azhary, *Op. Cit.,* hal. 90

ini jelas terlihat misalnya di Vietnam dimana warga negara tidak dapat mempunyai kepemilikan tanah secara pribadi.[42]

Dalam kaitannya dengan konstitusi, konsepsi negara hukum ini di tiap negara kemudian menemukan bentuk hukum dalam konstitusinya masing-masing. Konstitusi kemudian mempunyai karakteristik materi muatan yang mencerminkan konsepsi negara hukum yang dianut.

Tipologi konsep negara hukum berdasarkan ciri-ciri dan unsur-unsur utama disajikan dalam tabel 1 di bawah ini.

Tabel 1. Konsep-Konsep Negara Hukum[43]

Konsep Negara Hukum	Ciri-ciri	Unsur-unsur Utama
Nomokrasi Islam	Bersumber dari Qur'an dan Sunah. Nomokrasi bukan Teokrasi, persaudaraan dan Humanisme.	Kekuasaan sebagai Amanah, Musyawarah, Keadilan, Persamaan, Pengakuan dan Perlindungan HAM, Peradilan Bebas, Kesejahteraan, Perdamaian, Ketaatan Rakyat
Rechtsstaat	Bersumber dari rasio manusia, liberalistik/ individualistik.	Pengakuan/perlindungan hak asasi, Trias Politika, Peradilan Administrasi *Wetmatigbesstuur*
Rule of law	Bersumber dari rasio manusia, liberalistik/ individualistik.	*Supremacy of law, Equality before the law, Individual rights.*
Socialist Legality	Bersumber dari rasio manusia, komunis, atheis dan totaliter	Hukum sebagai alat sosialisme.

D. Negara Hukum Indonesia

Philipus M. Hadjon yang lebih mengkritik terhadap para pakar hukum yang mempersamakan istilah negara hukum dengan konsep *rechtstaat* dan konsep *the rule of law,* dia menyatakan bahwa di dalam sebuah nama terkandung isi (*nomen est omen*), negara hukum merupakan sebuah konsep tersendiri yang dipergunakan oleh negara Indonesia, sehingga tidak bisa dipadankan dengan konsep *rechtsstaat* atau konsep *the rule of law* yang telah mempunyai isi masing-masing yang berbeda.

Menurut Philipus M. Hadjon makna yang paling tepat dalam konsep

[42]Wawancara dengan Mahasiswa Hukum asal Vietnam di Kobe Jepang.

[43]Muhammad Tahir Azhary, *Op. Cit.,*. hal. 100-102

Negara hukum Indonesia adalah mengandung empat unsur, diantaranya:[44]

1. Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat;
2. Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasan negara;
3. Penyelesaian sengketa secara musyawarah, sedang peradilan merupakan sarana terakhir; dan
4. Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Penulis sendiri berpendapat bahwa Negara Hukum Konstitusional Indonesia bermakna bahwa segala tindakan negara harus didasarkan pada konstitusi dan hukum yang berintikan pada pengayoman kepada warga negara. Pengayoman inilah yang merupakan ciri dari negara hukum Indonesia sebagai evolusi konsep integralistik yang tidak otoriter.

Dari pengertian tersebut, unsur-unsur negara hukum Indonesia dapat disimpulkan terdiri dari:

1. Konstitusi dan hukum yang berintikan pengayoman kepada warga negara;
2. Penbatasan kekuasaan berdasarkan konstitusi;
3. Tindakan negara berdasarkan konstitusi dan hukum;
4. Perlindungan konstitusional dan hukum dalam segala bentuknya.

Hal ini mengandung makna bahwa penyelenggaraan pemerintahan negara dilakukan melalui berbagai kebijakan pemerintahan negara senantiasa didasarkan dan dicernakan melalui ketetapan-ketetapan hukum yang mengayomi warganya.

[44]*Ibid,*. hal. 85

Bab 3
KONSTITUSI DAN KONSTITUSIONALISME

A.Pengertian dan Klasifikasi Konstitusi

Istilah konstitusi sebenarnya sudah ada sejak zaman Yunani dimana terdapat Konstitusi Athena. Keberadaan Konstitusi Athena pada saat itu dipandang sebagai alat demokrasi yang sempurna.[45]Pada masa kekaisaran Romawi, istilah konstitusi digunakan untuk menyebut *the act of legislation by emperor*. [46]

Dalam kosakata bahasa Indonesia, istilah konstitusi mempunyai dua makna yaitu segala ketentuan dan aturan tentang ketatanegaraan dan UUD suatu negara. UUD menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia berarti undang-undang yang menjadi dasar semua undang-undang dan peraturan lain di suatu negara yang mengatur bentuk, sistem pemerintahan, pembagian kekuasaan, wewenang badan pemerintahan.[47]

Dalam kepustakaan Belanda istilah konstitusi dikenal dengan sebutan *Grondwet* atau undang-undang yang menjadi dasar dari segala hukum.[48] Konsep ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Hans Kelsen mengenai konstitusi. Menurut Hans Kelsen, konstitusi yang biasa disebut sebagai hukum fundamental negara merupakan dasar dari tatanan hukum nasional. Sebagai dasar dari tatanan hukum nasional, konstitusi menjadi sumber validitas norma hukum nasional. Kelsen menerangkan bahwa ditinjau dari teori politik, konsep konstitusi juga mencakup norma-norma yang mengatur pembentukan dan kompetensi dari organ-organ

---

[45] Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah & Undang-Undang Dasar NRI 1945,* (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hal. 34

[46] Charles Howard McIllwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern,* (Cornell University Press, 1947). p. 23.

[47] Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia,* (Jakarta: Balai Pustaka, 2002) hal. 590, 1245.

[48] Ahmad Sukardja, *Op. Cit.,* hal. 36.

 eksekutif dan yudikatif tertinggi.[49]

James Bryce dari sudut pandang politik mendefinisikan konstitusi sebagai kerangka politik yang terorganisasi berdasarkan hukum mencakup di dalamnya kelembagaan negara dengan fungsi dan hak-hak yang jelas. CF Strong mendefinisikan konstitusi sebagai kumpulan prinsip-prinsip yang mengatur mengenai kekuasaan pemerintah, hak-hak warga, dan hubungan antara pemerintah dan warga. Kedua ahli tata negara ini merepresentasikan tradisi hukum *common law* yang lebih menekankan pada *rights* atau hak warga negara.

Dari ranah tradisi civil law, Herman Heller membagi konstitusi menjadi 3 (tiga) pengertian berdasarkan tahapan perkembangan konstitusi, yaitu:

1. Konstitusi dalam pengertian politis sosiologis. [50]
2. Konstitusi dalam pengertian yuridis. [51]
3. Konstitusi dalam arti UUD tertulis.[52]

Sejalan dengan Heller, Ferdinand Lasalle juga membagi konstitusi dalam pengertian politis sosiologis dan pengertian yuridis. Pengertian politis sosiologis menurut Lasalle merupakan suatu sintesis kekuatan-kekuatan nyata dalam suatu negara.[53] Sedangkan pengertian yuridis menurutnya adalah naskah yang memuat bangunan negara dan sendi-

---

[49]Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara,* (Bandung: Penerbit Nusamedia, 2009), hal. 365.

[50] Pada tingkat pertama ini, konstitusi tumbuh dalam pengertian sosial-politik. Ide-ide konstitusional dikembangkan karena memang mencerminkan keadaan sosial politik dalam masyarakat yang bersangkutan pada saat itu. Konstitusi pada tahap ini dapat digambarkan sebagai kesepakatan-kesepakatan politik yang belum dituangkan dalam bentuk hukum tertentu, melainkan tercerminkan dalam perilaku nyata dalam kehidupan kolektif warga masyarakat.

[51]Pada tahap kedua ini, konstitusi sudah diberi bentuk hukum tertentu, sehingga perumusan normatifnya menuntut pemberlakuan yang dapat dipaksakan. Konstitusi dalam pengertian sosial-politik yang dilihat sebagai kenyataan tersebut di atas, dianggap harus berlaku dalam kenyataan. Oleh karena itu, setiap pelanggaran terhadapnya haruslah dapat dikenai ancaman sanksi yang pasti;

[52]Konstitusi dalam pengertian Peraturan Tertulis. Pengertian yang terakhir ini merupakan tahap terakhir atau yang tertinggi dalam perkembangan pengertian rechts-verfassung yang muncul sebagai akibat pengaruh aliran kodifikasi yang menghendaki agar berbagai norma hukum dapat dituliskan dalam naskah yang bersifat resmi. Tujuannya adalah untuk maksud mencapai kesatuan hukum atau unifikasi hukum *(rechtseineheid)*, kesederhanaan hukum *(rechtsvereenvoudiging)*, dan kepastian hukum *(rechtszekerheid)*.

[53]Misalnya raja, parlemen, kabinet, kelompok-kelompok penekan *(preassure groups)*, partai politik, dan sebagainya. Dinamika hubungan di antara kekuatan-kekuatan politik yang nyata itulah sebenarnya apa yang dipahami sebagai konstitusi

sendi pemerintahan.[54]

Sementara itu, KC Wheare dalam bukunya *Modern Constitution* membagi pengertian konstitusi kedalam pengertian luas dan pengertian sempit. Pengertian konstitusi dalam arti luas menurut Wheare adalah suatu sistem pemerintahan negara dan himpunan norma yang mendasari dan mengatur suatu pemerintahan; norma-norma tersebut terdiri dari norma yuridis dan norma non-yuridis atau *extra-legal*.[55] Pengertian konstitusi dalam arti sempit menurut Wheare adalah kumpulan peraturan-peraturan yang legal dalam ketatanegaraan suatu negara yang terhimpun dalam dokumen atau beberapa dokumen yang saling terkait.[56]

Secara rinci, Wheare mengklasifikasikan konstitusi ke dalam 6 (enam) klasifikasi sebagai berikut :[57]

1. *Written and unwritten;*
2. *rigid and flexible;*
3. *supreme and subordinate;*
4. *federal and unitary;*
5. *separated powers and fused powers; and*
6. *republican and monarchical.*

Klasifikasi *unwritten constitution* atau konstitusi tidak tertulis sering di salah artikan oleh beberapa penulis buku konstitusi sebagai konstitusi yang tidak tertulis secara harfiah dan mengacu pada aturan-aturan yang tidak tertulis atau hukum kebiasaan. Pengertian ini adalah keliru karena yang dimaksud KC Wheare sebagai *unwritten* adalah untuk menunjuk naskah fundamental yang tidak terkodifikasi di dalam satu naskah UUD Dasar, contohnya inggris yang konstitusinya tersebar ke banyak naskah fundamental.

Para ahli konstitusi Islam di sisi lain sepakat bahwa Piagam Madinah adalah konstitusi tertulis pertama di dunia. Piagam Madinah atau Konstitusi Madinah adalah Undang-Undang Dasar Negara Madinah yang berisi kewajiban-kewajiban dan hak-hak warga negara.[58] Jimly Asshidiqie dalam

---

[54]Di samping sebagai cermin hubungan antar aneka kekuatan politik yang nyata dalam masyarakat *(de riele machtsfactoren)*, konstitusi itu pada pokoknya adalah apa yang tertulis di atas kertas UUD mengenai lembaga-lembaga negara, prinsip-prinsip, dan sendi-sendi dasar pemerintahan negara

[55] KC Wheare, *Modern Constitution,* (Oxford University Press, 1951), p. 1.

[56] *Ibid.* p. 2

[57] *Ibid.* p. 19-45.

[58] Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang... Op. Cit.,* hal. 18

Masdar Farid Mas'udi menjelaskan bahwa Konstitusi Madinah disepakati bersama oleh para Kepala Suku di Kota Madinah ketika itu bersama Rasulullah SAW. Di dalamnya disepakati bahwa di antara sesama warga kota Madinah akan saling melindungi dan semua golongan akan berbagi beban dalam menyelesaikan berbagai masalah perang menghadapi musuh dari luar.[59]

Di Indonesia, tidak dipungkiri lagi bahwa konstitusi mempunyai fungsi dan kedudukan yang sangat fundamental dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Dalam konteks ini, Komisi Konstitusi tentang perubahan Undang-Undang Dasar Negara RI tahun 1945 menyimpulkan bahwa kedudukan dan fungsi konstitusi adalah sebagai berikut:[60]

1. Konstitusi berfungsi sebagai dokumen nasional (*national document*) yang mengandung perjanjian luhur, berisi kesapakatan-kesepakatan tentang politik, hukum, pendidikan, kebudayaan, ekonomi, kesahjahteraan, dan aspek fundamental yang menjadi tujuan negara;
2. Konstitusi sebagai piagam kelahiran negara baru (*a birth certificate of new state).* Hal ini juga merupakan bukti adanya pengakuan masyarakat internasional, termasuk untuk menjadi anggota PBB, karena itu, sikap kepatuhan suatu negara terhadap hukum internasional ditandai dengan adannya ratifikasi terhadap perjanjian-perjanjian internasional;
3. Konstitusi sebagai sumber hukum tertinggi. Konstitusi mengatur maksud dan tujuan terbentuknya suatu negara dengan sistem administrasinya melalui adanya kepastian hukum yang terkandung dalam Pasal-Pasalnya, unifikasi hukum nasional, *social control,* memberikan legitimasi atas berdirinya lembaga-lembaga negara termasuk pengaturan tentang pembagian dan pemisahan kekuasaan antara organ legislatif, eksekutif, yudisial. Konstitusi sebagai sumber hukum tidak saja berfungsi sebagai *a tool of social engeneering* dan *social control,* melainkan juga harus mampu merespon secara kritis perubahan zaman;
4. Konstitusi sebagai indentitas nasional dan lambang persatuan.

---

[59]Masdar Farid Mas'udi, *Syarah Konstitusi: UUD 1945 dalam Perspektif Islam,* (Jakarta: Pustaka Alvabet), hal. XXII.

[60]Majelis Permusyawaratan Rakyat, Buku I, *Naskah Akademik Kajian Komprehensif Komisi Konstitusi tentang Perubahan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945,* (Jakarta, 2004), hal. 12-13.

Konstitusi menjadi suatu sarana untuk memperlihatkan berbagai nilai dan norma suatu bangsa dan negara, misalnya simbol demokrasi, keadilan, kemerdekaan, negara hukum, yang dijadikan sandaran untuk mencapai kemajuan dan keberhasilan tujuan negara. Konstitusi suatu negara diharapkan dapat menyatakan persepsi masyarakat dan pemerintah, sehingga memperlihatkan adanya nilai identitas kebangsaan, persatuan dan kesatuan, perasaan bangga dan kehormatan sebagai bangsa yang bermartabat. Konstitusi dapat memberikan pemenuhan atas harapan-harapan sosial, ekonomi dan kepentingan politik. Konstitusi tidak saja mengatur pembagian dan pemisahan kekuasaan dalam lembaga-lembaga politik seperti legislatif, eksekutif, dan yudisial, akan tetapi juga mengatur tentang penciptaan keseimbangan hubungan (*cheks and balances*) antara pemerintah di pusat maupun di daerah;

5. Konstitusi sebagai alat untuk membatasi kekuasaan. Konstitusi dapat berfungsi untuk membatasi kekuasaan, mengendalikan perkembangan dan situasi politik yang selalu berubah, serta berupaya untuk menghindarkan adanya penyalahgunaan kekuasaan. Berdasarkan alasan tersebut, menjadi sangat penting diperhatikan seberapa jauh formulasi Pasal-Pasal dalam konstitusi dalam mengakomodasikan materi muatan-muatan pokok dan penting sehingga dapat mencegah timbulnya penafsiran yang beraneka ragam;
6. Konstitusi sebagai pelindung HAM dan kebebasan warga negara. Konstitusi memberikan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia dan hak-hak kebebasan warga negara. Hal ini merupakan pengejahwantahan suatu negara hukum dengan ciri-ciri *equality before the law, non diskriminatif* dan keadilan hukum (*legal justice*) dan keadilan moralitas (*social and moral justice*).

B. Dua Dimensi Konstitusionalisme

Konstitusionalisme merupakan konsep *transplant* dari barat yang menyebar ke seluruh dunia termasuk Asia sebagai bagian dari misi penyebaran doktrin negara hukum *rule of law.*[61] Dimulai sejak era 1990-an, sebagian besar dari Negara Eropa timur mulai melalukan reformasi hukum

[61]Lihat Thomas Carothers, *Rule of law Revival, Foreign Affairs 77, no. 2* (March/April 1998).

 termasuk mengamandemen konstitusi mereka. Sebagian besar negara-negara di Amerika Latin telah mengakui kebutuhan akan *rule of law* dalam sebuah reformasi hukum dan mulai melakukan langkah-langkah menuju *rule of law*. Di Asia, konstitusionalisme merupakan bagian dari paket reformasi hukum untuk mendukung keberhasilan reformasi hukum yang berkaitan dengan investasi dan ekonomi pasar.[62]

Pada dekade 1989 sampai dengan 1999, tidak kurang 95 negara anggota PBB melakukan amandemen terhadap konstitusi masing-masing negara dan tidak kurang dari 60 negara mengadopsi konstitusi yang benar-benar baru. Kurang lebih 92 negara anggota PBB mengadopsi HAM ke dalam konstitusi dan 70 negara mengadopsi *constitutional review.* Pada masa ini, rekonstruksi konstitusi sangat kental sebagai hasil dari propaganda *rule of law.*[63]

Namun demikian, definisi konstitusionalisme tidak pernah terdefiniskan dengan jelas terutama dalam studi-studi konstitusionalisme di Asia. Paling tidak terdapat 2 (dua) aspek pikiran barat tentang hukum yang masuk ke dalam diskusi konstitusionalisme yaitu aspek prosedural berupa perlindungan institusional terhadap diktatorisme di satu pihak dan nilai substantif yang berdasarkan hukum alam di lain pihak.[64]

Carl Friederich[65] menegaskan bahwa konstitusionalisme mensyaratkan prinsip pemisahan kekuasaaan, akuntabilitas dari pemerintah dan jaminan hak asasi manusia. Charles Howard McIllwain dalam kesimpulannya menyatakan bahwa konstitusionalisme mempunyai esensi yang khusus: merupakan pembatasan terhadap pemerintah, antithesis dari kesewenang-wenangan dan kebalikan dari despotisme.[66] Mark Tushnet berpendapat bahwa komponen konstitusionalisme meliputi: komitmen terhadap *rule of law*, peradilan yang independen, dan pemilihan umum yang bebas dan terbuka. [67]

---

[62]Rudy, *Indonesian Constitutional court in Comparative Perspective: Characteristic of Institution and Adjudication Practice,* (Kobe University Dissertation, 2012).

[63] Kevin E. Davis dan Michael J. Trebilcock, *The Relationship Between Law And Development: Optimists Versus Skeptics,* Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 08-24, May 2008, New York University School Of Law.

[64] Stephen M. Griffin, *Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics,* Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 10, No. 2 (Summer, 1990).

[65] Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik,* (Jakarta: Gramedia, 1991).

[66] Charles Howard McIllwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern,* (Cornell University Press, 1947).

[67] Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law: in The Oxford Handbook of*

Meskipun aspek prosedural dari konstitusionalisme secara umum dipahami sebagai produk dari tradisi hukum anglo saxon atau *common law*, tradisi hukum Eropa kontinental juga mempunyai bangunan hukum yang serupa dalam bentuk *rechtstaat* atau pemerintahan berdasarkan hukum.

Konsep konstitusionalisme dalam tradisi hukum Eropa kontinental berkaitan erat dengan *rechtstaat*. Berdasarkan konsep *rechtstaat*, tindakan negara dan pemerintah harus berdasar dan dibatasi oleh hukum.[68] Konstitusionalisme berdasarkan *rechtstaat* merupakan praktek yang dipakai oleh negara-negara berbasis tradisi hukum Eropa kontinental termasuk Jerman, Jepang, dan Indonesia. Pada dasarnya, konstitusionalisme berdasarkan *rechtstaat* dan *rule of law* adalah prinsip yang sama dikarenakan keduanya berasal dari satu akar tradisi tua jermania.[69]

Selain prosedural aspek dari konstitusionalisme, terdapat teori konstitusionalisme mengenai nilai substantif yang bisa dicapai melalui konstitusi. Paul W. Khan contohnya menyatakan bahwa konstitusionalisme bukanlah *single set of truths*, tetapi merupakan debat yang terus-menerus mengenai arti dari *rule of law* dalam kerangka demokrasi. Pada level lokal dan nasional, debat ini berfokus pada ide kebebasan, kesamaan, *due process*, serta struktur pemerintahan representatif yang diperlukan guna mencapai dan mewujudkan nilai-nilai ini[70].

Mark Tushnet[71] juga menyuarakan dua elemen konstitusionalisme yang sama. Dalam pemahaman Tushnet, saat ini terdapat dua dimensi[72] konstitusionalisme saat ini yaitu institusi atau struktur pemerintahan[73] di satu bagian dan hak asasi manusia[74] di bagian lain. Menurut Tushnet,

---

Comparative Law, 2006.

[68]Lihat Hans Kelsen, *Teori Umum tentang.., Op. Cit.*

[69] Brian Z Tamanaha, *Op. Cit*, p. 19

[70] Paul W. Kahn, *Interpretation and Authority in State Constitutionalism,* Harvard Law Review, Vol. 106, No. 5 (Mar., 1993)

[71] Mark Tushnet, *Op. Cit.*

[72] Beberapa akademisi mengklasifikasikan dimensi ini ke dalam *structural constitutional law and the law of constitutional rights,* lihat lebih jelasnya dalam Adrian Vermeule Hume's Second-Best Constitutionalism, The University of Chicago Law Review, Vol. 70, No. 1, Centennial Tribute Essays (Winter, 2003), p. 421-437

[73] Lihat Vicki Jackson dan Mark Tushnet eds, *Comparative Constitutional Law,* (Foundation Press, 2005).

[74]Bagi akademisi Amerika, dimensi kedua dari konstitusionalisme bukanlah sebuah konsep yang baru karena akademisi Amerika terbiasa untuk menganggap bahwa konstitusionalisme adalah sebuah kesatuan sistem aturan dan batasan institusional untuk membatasi kekuasaan pemerintah yang bertujuan untuk melindungi hak pribadi. Lihat

[75] aspek institusi pada studi konstitusionalisme mencakup isu-isu yang sama dengan apa yang sering disebut sebagai "*thin*" *version of rule of law*, sedangkan aspek hak asasi manusia merupakan aspek yang biasa disebut sebagai "*thick*" *version of rule of law.*[76] Konstitusionalisme dalam tahap ini serupa dengan aspek substansial dari *rule of law* dalam tradisi *common law* atau *rechtstaat* dalam tradisi Eropa continental.[77]

Konstitusionalisme harus dibedakan dari majoritarian, baik dalam hal komitmen terhadap *self binding procedures* dari tata pemerintahan maupun persyaratan terhadap hierarki hukum, peradilan yang independen dan *legal culture* yang kuat dari masyarakat sipil.[78] Substansi dan praktek konstitusionalisme dengan demikian haruslah menjadi wadah pendorong bagi pencapaian kesejahteraan hidup, kebebasan dan integritas setiap manusia. Dalam perspektif ini, konstitusionalisme harus mencakup tidak hanya pembatasan bagi kekuasaan negara namun juga kewajiban positif negara.

C. Legitimasi Konstitusi

Sebagian besar akademisi dan pengamat hukum memberikan pendapat dan tulisan mengenai definisi dan pengertian konstitusi. Sebagian lainnya mempunyai teori dan pendapat bagaimana konstitusi harus diinterpretasi atau tidak harus di interpretasi. Namun sangat sedikit yang memberikan kolom khusus untuk membuka diskusi tentang legitimasi konstitusi. Diskusi mengenai legitimasi konstitusi sangat penting karena ketika kita menganggap bahwa konstitusi tidak mempunyai legitimasi, maka sudah sepantasnya kita tidak perlu menempatkan konstitusi sebagai sesuatu yang penting dan sesuatu yang harus kita ketahui arti dan pengertiannya; dan jika memang konstitusi mempunyai legitimasi, kita harus mengetahui

---

Norman Dorsen etal, *Comparative Constitutionalism Case and Materials,* Thomson and West, 2003; lihat juga Robert P. Kraynak, *Tocqueville's Constitutionalism,* The American Political Science Review, Vol. 81, No. 4 (Dec., 1987), pp. 1175-1195.

[75]Mark Tushnet, *Op. Cit.,* p. 8.

[76] Diskusi mengenai *thick and thin version of rule of law* dapat dilihat dalam David Trubek, *The Rule of law in Development Assistance: Past, Present and Future in David Trubek & Alvaro Santos eds., The New Law and Development: A Critical Appraisal,* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

[77] Konsep supremasi hukum sebagai bagian dari unsur negara hukum diperkenalkan oleh AV Dicey *in Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8th Edition with new Introduction)* (1915).

[78] Juan J. Linz & Alfred Stepan, *Toward Consolidated Democracies,* 7 J.Democracy 14, (1996).

mengapa konstitusi mempunyai legitimasi sebelum kita memikirkan lebih lanjut mengenai bagaimana kita menafsirkan konstitusi.

Legitimasi konstitusi tidak bisa hanya berdasarkan suatu asumsi. Kita harus membuka wacana diskusi mengenai legitimasinya agar kita bisa mengetahui mengapa kita harus mematuhi konstitusi, menyempurnakannya, atau malah mengabaikannya. Kelangkaan diskusi mengenai legitimasi diskusi mungkin disebabkan salah satunya oleh pandangan bahwa konstitusi merupakan sesuatu yang keramat dan kritik keras terhadap legitimasinya dapat mengancam keutuhan suatu negara.

Mengenai legitimasi konstitusi, Hans Kelsen menganggap konstitusi merupakan norma hukum tertinggi dalam suatu kesatuan hierarkis sehingga mempunyai legitimasi tertentu. Hans Kelsen menambahkan bahwa kondisi ini berimplikasi terhadap pengakuan konstitusi sebagai norma tertinggi dalam negara, yang berarti semua cabang kekuasaan negara dan setiap warga masyarakat sipil dalam negara tanpa kecuali terikat dan wajib mematuhi norma tertinggi tersebut.[79]

Jimly Asshidiqie[80] mempunyai pandangan terhadap legitimasi konstitusi berdasarkan sumber kedaulatan dari suatu negara. Jika negara itu menganut paham kedaulatan rakyat, maka sumber legitimasi konstitusi itu adalah rakyat. Jika yang berlaku adalah paham kedaulatan raja, maka raja yang menentukan berlaku tidaknya suatu konstitusi. Hal inilah yang disebut oleh para ahli sebagai *constituent power* yang merupakan kewenangan yang berada di luar dan sekaligus di atas sistem yang diaturnya. Karena itu, di lingkungan negara-negara demokrasi, rakyatlah yang dianggap menentukan berlakunya suatu konstitusi.

Erwin Chemerinsky[81] di sisi lain menyatakan bahwa terdapat dua alasan utama mengapa warga harus terikat oleh konstitusi. *Pertama*, konstitusi membentuk struktur pemerintah dan menjamin hak-hak fundamental; konstitusi dalam hal ini mencegah kediktatoran, memaksimalkan perlindungan minoritas, dan memastikan terjaminnya hak asasi manusia. *Kedua*, konstitusi merupakan simbol pemersatu suatu bangsa.

Mengenai legitimasi konstitusi Carl Schmidt menyatakan bahwa

---

[79]Hans Kelsen, *The General Theory of Law and State,* (New York: Russel and Russel), p. 124.

[80] Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum.., Op. Cit.,* hal. 117

[81] Erwin Chemerinsky, *Interpreting The Constitution,* (Praeger Publishers, 1987), p. 27.

hukum tidak bisa dengan sendirinya menjadi hukum; norma hukum valid karena hukum tersebut dibentuk berdasarkan suatu otoritas hukum. Dalam terminologi Schmidt, tiap-tiap norma berdasarkan suatu keputusan yang dibentuk oleh kehendak yang konkrit. Dengan demikian menurut Schmidt, konstitusi mempunyai legitimasi ketika kekuasaan dan kewenangan dari pembentuk konstitusi mempunyai validitas. [82] Pendapat Schmidt mempunyai arti bahwa konstitusi hanya mempunyai legitimasi ketika konstitusi tersebut dibentuk melalui prosedur yang telah ditentukan oleh konstitusi itu sendiri dan oleh lembaga atau badan yang berwenang akan hal tersebut.

[82] Lihat Carl Schmitt, *Political Theology,* trans. George Schwab (Cambridge, MA: MIT Press, 1985), p. 28

Bab 4
MATERI MUATAN KONSTITUSI

A. Pembukaan

Berbicara mengenai pembukaan dalam konstitusi negara sedikit banyak kita membicarakan mengenai apakah pembukaan tersebut? bagaimanakah kedudukan dari pembukaan tersebut dan apakah peran pembukaan dalam peradilan konstitusi dan design konstitusi? Dan mengapa negara menambahkan pembukaan pada konstitusi?

Pertanyaan-pertanyaan di atas merupakan pertanyaan-pertanyaan yang jarang sekali mendapat perhatian di studi-studi mengenai ketatanegaraan di Indonesia. Dapatlah kita membuka buku-buku ketatanegaraan dan menemukan bahwa topik ini merupakan topik yang tidak mendapat tempat yang penting dalam studi ketatanegaraan saat ini.

Mengenai suatu Konstitusi atau Undang-Undang Dasar dapat dikatakan, bahwa suatu pembukaan berisi lebih dari pada alasan pembentukan saja. Oleh karena konstitusi sebagai sumber pertama dari Hukum Tata Negara mendasari undang-undang biasa, bahkan mendasari seluruh hidup ketatanegaraan dari suatu Negara, maka adalah layak, apabila dalam pembukaan suatu konstitusi termuat juga dasar-dasar bagi berdirinya Negara yang bersangkutan. Mengingat sifat konstitusi sebagai hukum dasar yang mendasari segala hukum yang berlaku di dalam negara, maka layak pula, jika pembukaan suatu konstitusi juga memuat filsafat-hukum yang dianut dalam negara itu.[83]

Pemikiran mendasar tentang jatidiri bangsa, peranannya dalam memberikan identitas sistem kenegaraan dan sistem hukum, dikemukakan juga oleh *Carl von Savigny* dengan teorinya yang amat terkenal sebagai *Volksgeist* yang dapat disamakan sebagai jiwa bangsa dan atau jatidiri

[83]Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia,* (Jakarta: Penerbit Dian Rakjat, 1983), hal. 32

 nasional. Demikian pula di Perancis dengan "teori *'raison d' etat'* (*reason of state*) yang menentukan eksistensi suatu bangsa dan negara (*the rise of souvereign, independent, and nation state*)".[84]

Apakah pembukaan suatu konstitusi dan bagaimanakah klasifikasinya? Liav Orgad[85] membagi definisi pembukaan suatu konstitusi kedalam terminologi formal dan substansif. Menurut terminologi formal, pembukaan merupakan suatu pengantar untuk mengenal konstitusi yang biasanya ditandai dengan kata "pembukaan" atau alternatif lainnya. Klasifikasi formal ini menyediakan sarana identifikasi posisi pembukaan yang ringkas dan teknis. Secara substansif, pembukaan berisi sejarah dibalik perumusan suatu konstitusi, prinsip-prinsip dan nilai-nilai fundamental.

Liav Orgad menambahkan bahwa materi muatan pembukaan dapat diklasifikasikan ke dalam 5 kategori:[86]

1. Kedaulatan
2. Sejarah
3. Tujuan dan Cita Bangsa
4. Identitas Nasional
5. Agama atau Ketuhanan

Masdar Farid Mas'udi[87] menyatakan bahwa Pembukaan, Preambule, atau Mukadimah dalam setiap dokumen konstitusi selalu berisikan pernyataan yang singkat tapi sungguh padat. Di dalamnya tertuang visi, misi, dan nilai-nilai dasar sebuah institusi atau organisasi sebagai wadah kebersamaan yang hendak dibangun dan dijalankan bersama.

Sementara itu Hans Kelsen menyatakan bahwa pembukaan adalah bagian tradisional konstitusi yang merupakan pengantar hidmat berisi ide-ide politik, moral, dan keagamaan yang hendak dikemukakan oleh konstitusi tersebut. Pembukaan ini lebih mengandung karakter ideologis daripada karakter hukum. [88]

Dalam konteks Indonesia, Augustinus Simanjuntak[89] menyatakan

---

[84]Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The method and philosophy of law,* (Cambridge: Harvard University Press, 1962), p. 71-72

[85] Liav Orgad, *The Preambule in Constitutional Interpretation,* (International Journal of Constitutional Law 8, Oxford University, 2010).

[86] *Ibid.*

[87] Masdar Farid Mas'udi,.. *Op. Cit.,* hal. 3.

[88] Hans Kelsen, *Teori Umum.., Op. Cit.,* hal. 367

[89] Augustinus Simanjuntak, *Refleksi 60 Tahun UUD 1945,* Harian Surabaya Post, 12 Agustus 2005.

dengan lugas bahwa Pembukaan UUD 1945 adalah bagian terpenting dari UUD 1945 yang disepakati oleh MPR 1999 untuk tidak diubah sama sekali. Pembukaan dikatakan sebagai bagian terpenting karena disanalah tertuang Pancasila yang merupakan norma fundamental negara (*staatsfundamental norm*). Penulis sejalan dengan pendapat Augustinus Simanjuntak menganggap pembukaan mempunyai nilai yang sangat penting karena pembukaan memuat cita hukum[90] dan cita bangsa.

B. Isi Konstitusi

Mr. J.G. Steenbeek, sebagaimana telah dikutip oleh Sri Soemantri[91] dalam disertasinya, memberikan gambaran secara jelas apa yang seharusnya menjadi isi dari konstitusi. Pada pokoknya konstitusi berisi tiga hal pokok, yaitu:

A. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan waga negaranya;
B. Ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental;
C. Adanya pembagian dan pembatasan tugas dan ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.

C.F Strong menyebut tiga nilai dasar yang wajib menjadi materi muatan konstitusi: (1) kekuasaan yang memerintah, (2) hak-hak yang diperintah, dan (3) hubungan antara yang memerintah (penguasa) dan yang diperintah (rakyat). Ketiga nilai dasar ini dicantumkan dalam konstitusi untuk memperoleh perlindungan negara.[92]

Constitution, menurut Ivo D. Duchaek, "*identify the sources, purposes, uses and restraints of public power*", yang artinya bahwa mengidentifikasikan sumber-sumber, tujuan-tujuan, penggunaan-penggunaan dan pembatasan-pembatasan kekuasaan umum.[93] Menurut Carl J. Friederich, selain hak asasi

---

[90]Menurut **Rudolf Stammier,** cita hukum adalah adalah konstruksi pikiran yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum pada cita-cita yang diinginkan masyarakat, selanjutnya **Gustav Radbruch** seorang ahli filsafat hukum seperti **Stammler** dari aliran Neokantian menyatakan bahwa cita hukum berfungsi sebagai tolak ukur yang bersifat regulative dan konstruktif, tanpa cita hukum, hukum akan kehilangan maknanya.

[91]Sri Soemantri, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi,* Edisi Kedua Cetakan Kesatu (Bandung : Alumni Bandung, 2006), hal. 60

[92] Benny K. Harman, *Mempertimbangkan Mahkamah Konstitusi,* (Jakarta: Gramedia, 2013), hal. 106

[93]Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi,* (Jakarta: Kompas Penerbit buku, 2010), hal.6

 manusia, nilai dasar lain yang wajib dimuat dalam UUD adalah pengaturan tentang pembagian kekuasaan negara. Ini tidak berarti konstitusi hanya sekadar dokumen yang memuat pembagian kekuasaan antara cabang kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif serta mendeskripsikan pola hubungan kekuasaan antara ketiga cabang kekuasaan tersebut, yang setiap saat dapat diganti atau berubah apabila hubungan kekuasaan itu berubah. Dengan demikian, konstitusi tidak hanya menjadi alat negara untuk mewujudkan hak asasi manusia, tetapi juga menjadi media rakyat untuk mengontrol negara guna menjamin perlindungan hak asasi manusia tersebut.[94]

Sementara itu, KC Wheare membedakan materi muatan konstitusi antara negara kesatuan dan negara bagian. Konstitusi negara kesatuan biasanya selalu pendek dan mengatur hal-hal pokok saja sedangkan konstitusi negara bagian selalu mengatur banyak hal.[95]

Konstitusi negara kesatuan di satu pihak pada asasnya hanyalah mengatur tiga masalah pokok, yaitu pertama, tentang struktur umum negara, seperti pengaturan kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, dan kekuasaan yudisial; kedua, hubungan-dalam garis besar-antara kekuasaan-kekuasaan tersebut satu sama lain; dan ketiga, hubungan antara kekuasaan-kekuasaan tadi dengan rakyat atau warganegaranya.[96]

Konstitusi negara bagian di lain pihak mempunyai tiga kemungkinan pengaturan tugas dan wewenang yaitu: pertama, dalam konstitusi ditetapkan secara terinci dan tuntas tugas dan wewenang pemerintah negara federal, sedangkan selebihnya diserahkan kepada negara bagian; kedua, dalam konstitusi ditetapkan secara terinci dan tuntas tugas dan wewenang negara bagian, sedangkan selebihnya diserahkan kepada pemerintah federal; dan ketiga, ditetapkannya daftar yang memuat secara rinci dan tugas wewenang pemerintah federal dan bagian dalam konstitusi.[97]

---

[94] *Ibid.* hal. 107

[95] *Ibid.* hal. 58

[96] *Ibid.*

[97] *Ibid.*

Bab 5
PERUBAHAN KONSTITUSI

A. Pengertian

Perubahan konstitusi merupakan suatu materi yang penting dalam teori dan dasar konstitusi, terutama berkaitan dengan hasil-hasil yang diperoleh dari perubahan itu sendiri. Perubahan konstitusi akan mengubah sumber hukum negara dan kaidah fundamental negara sehingga banyak negara yang mempersulit syarat perubahan konstitusi.

Terdapat empat sasaran yang hendak dituju dengan jalan mempersulit perubahan konstitusi yaitu:

1. Agar perubahan konstitusi dilakukan dengan pertimbangan yang masak, tidak secara serampangan dan dengan sadar;
2. Agar rakyat mendapat kesempatan untuk menyampaikan pandangannya sebelum perubahan dilakukan;
3. Khusus untuk negara federasi, agar kekuasaan federal dan kekuasaan negara-negara bagian tidak diubah semata-mata oleh perbuatan masing-masing pihak secara tersendiri;
4. Agar hak-hak perseorangan atau kelompok seperti kelompok minoritas agama dan kebudayaannya mendapat jaminan.[98]

Sementara itu, peristiwa-peristiwa yang dapat memaksa terjadinya perubahan konstitusi secara informal melalui *social force* adalah revolusi, *coup d'etat*, *putsch*, *convention*.[99]

B. Mekanisme Perubahan Konstitusi

Perubahan Konstitusi, menurut KC Wheare[100] dapat dilakukan

---

[98]KC Wheare, *Op. Cit.,* p. 83

[99] George Jellinek, dalam Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia,* (Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer, Kelompok Gtamedia, 2007), hal. 80

[100] *Ibid.*

 melalui cara-cara sebagai berikut:

1. beberapa kekuatan yang bersifat primer (*some primary sources*)
2. perubahan yang diatur dalam konstitusi (*formal amandement*)
3. penafsiran secara hukum (*judicial interpretation*);
4. kebiasaan yang terdapat dalam bidang ketatanegaraan (*usage and convention*).

Pada perubahan konstitusi secara informal, menurut K.C. Wheare, terdapat kekuatan-kekuatan yang mampu menimbulkan perubahan konstitusi itu sendiri. Kekuatan itu sendiri oleh Wheare dibagi menjadi dua, yaitu: *pertama*, kekuatan yang dapat menciptakan berubahnya kondisi di suatu negara. Kekuatan itu memang tidak merubah kalimat-kalimat dalam konstitusi secara eksplisit, namun kekuatan tersebut mampu menciptakan kondisi yang dapat merubah makna atau kestabilan supremasi konstitusi. *Kedua*, kekuatan yang mampu menciptakan kondisi sehingga terlaksananya perubahan konstitusi secara formal, melalui interpretasi hakim dan melalui konvensi atau kebiasaan ketatanegaraan.[101]

Wheare juga menjelaskan mengenai beberapa kekuatan-kekuatan yang dapat merubah konstitusi tersebut. Misalnya, dalam kondisi perang berkecamuk mendorong negara federal cenderung menjadi negara kesatuan. Kewenangan-kewenangan negara bagian dalam masa damai bisa berubah menjadi kewenangan negara federal dalam kondisi perang. Akibatnya, kekuasaan menjadi sangat sentralistik yang merupakan ciri pokok negara kesatuan. Hal itu menurut Wheare bukan dikarenakan berubahnya ketentuan dalam konstitusi, melainkan kondisi tersebut menyebabkan pemerintah mengabaikan konstitusi demi kepentingan yang lebih tinggi yaitu perlindungan negara. Pengabaian konstitusi dalam kondisi tersebutlah yang menyebabkan konstitusi telah berubah secara informal.[102]

Sementara itu, menurut Miriam Budiardjo, ada empat macam prosedur dalam perubahan konstitusi, yaitu:

1. Sidang badan legislatif dengan ditambah beberapa syarat, misalnya dapat ditetapkan kuorum untuk sidang yang membicarakan usul perubahan undang-undang dasar dan jumlah minimal anggota badan legislatif untuk menerimanya;
2. referendum atau *plebisit*;

---

[101] *Ibid.*

[102] *Ibid.* p.

3. negara-negara bagian dalam negara federal;
4. musyawarah khusus (*special convention*).

Hampir senada dengan Miriam Budiardjo, CF Strong[103] mengemukakan beberapa cara perubahan konstitusi:

1. *by the ordinary legislature but under certain restrictions,* perubahan melalui lembaga legislatif biasa tetapi melalui aturan-aturan tertentu, misalnya oleh Indonesia;
2. *by the people through a referendum,* perubahan konstitusi yang dilakukan dengan persetujuan rakyat (referendum) melalui pemungutan suara, terjadi misalnya pada masa peralihan republik keempat Prancis menuju konstitusi republik kelima di bawah pimpinan Jenderal Charles de Gaulle;
3. *by a majority for all units of a federal state,* sistem yang menentukan perubahan konstitusinya melalui suara-suara pada negara-negara bagian pada sebuah negara federal, terjadi misalnya pada Amerika Serikat;
4. *by special convention,*konvensi yang dimaksudkan dalam bagian ini bukanlah sebuah kebiasaan (*convention*) ketatanegaraan, melainkan adalah sebuah lembaga khusus (*special convention*).

Perubahan konstitusi pada dasarnya oleh George Jellinek[104] dibagi menjadi dua, yaitu; pertama, melalui prosedur formal atau *verfassungsanderung* dan kedua, melalui cara-cara informal (*verfassungswandlung*).

Perubahan formal adalah perubahan yang mekanismenya telah diatur di dalam konstitusi suatu negara sedangkan perubahan di luar ketentuan konstitusi disebut sebagai perubahan informal atau melalui kondisi yang disebut Djokosutono secara *onbewust*.

Perubahan-perubahan konstitusi itu sendiri dalam teori dan praktik memang tidak selalu dilakukan melalui perubahan formal (*formal amendment*), tetapi dapat juga dilakukan melalui konvensi ketatanegaraan (*contitutional convention*), atau pun melalui interpretasi (*constitutional interpretation*) oleh peradilan konstitusi.[105]

---

[103]CF. Strong, dalam Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata..., Op.Cit.,* hal. 85

[104] George Jellinek, dalam Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok.., Op. Cit.*, hal. 266

[105]Jimly Asshiddiqie, *Redenominasi Konstitusional Mata Uang Rupiah,* Ceramah Jimly Asshiddiqie pada Diskusi Internal Pimpinan Bank Indonesia, di Jakarta, Rabu, 21 Oktober 2009, hal . 2

Berkenaan dengan prosedur perubahan konstitusi, terdapat tiga tradisi konstitusionalisme yang berbeda di dunia, yaitu:[106]

1. Pertama, kelompok negara yang mempunyai kebiasaan mengubah materi UUD dengan langsung memasukkan materi perubahan itu ke dalam naskah UUD. Dalam kelompok ini dapat disebut, misalnya, Republik Perancis, Jerman, Belanda, dan sebagainya. Konstitusi Perancis, misalnya, terakhir kali diubah dengan cara pembaruan yang diadopsikan ke dalam naskah aslinya pada tanggal 8 Juli 1999 lalu, yaitu dengan mencantumkan tambahan ketentuan pada *Article 3, Article 4* dan ketentuan baru *Article 53-2* naskah asli Konstitusi Perancis yang biasa disebut sebagai Konstitusi Tahun 1958. Sebelum terakhir diamandemen pada tanggal 8 Juli 1999, Konstitusi Tahun 1958 itu juga pernah diubah beberapa kali, yaitu salah satunya penambahan ketentuan mengenai pemilihan presiden secara langsung pada tahun 1962, Keseluruhan materi perubahan itu langsung dimasukkan ke dalam teks konstitusi.
2. Kedua, kelompok negara-negara yang mempunyai kebiasaan mengadakan penggantian naskah UUD. Di lingkungan negara-negara ini, naskah konstitusi sama sekali diganti dengan naskah yang baru, seperti pengalaman Indonesia dengan Konstitusi RIS tahun 1949 (KRIS 1949) dan Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950 (UUDS 1950). Pada umumnya, negara-negara demikian ini terhitung sebagai negara yang sistem politiknya belum mapan. Sistem demokrasi yang dibangun masih bersifat jatuh bangun dan masih bersifat '*trial and error*'. Negara-negara miskin dan yang sedang berkembang di Asia dan Afrika, banyak yang dapat dikategorikan masih berada dalam kondisi demikian ini.
3. Secara khusus tradisi yang dikembangkan oleh Amerika Serikat dapat disebut sebagai model ketiga, yaitu perubahan konstitusi melalui naskah yang terpisah dari teks aslinya, yang disebut sebagai amandemen pertama, kedua, ketiga, keempat, dan seterusnya. Dengan tradisi demikian, naskah asli UUD tetap utuh, tetapi kebutuhan akan perubahan hukum dasar dapat dipenuhi melalui naskah tersendiri yang dijadikan *adendum* tambahan terhadap naskah asli tersebut.

---

[106]Jazim Hamidi, *Hukum Perbandingan Konstitusi.* (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2009), hal. 162-163

Bab 6
PENGUJIAN KONSTITUSIONAL

A. Redefinisi Pengujian Konstitusional

Literatur-literatur di Indonesia yang terpengaruh dengan sistem pengujian produk hukum di Belanda lebih mengedepankan istilah *toetsingrecht*. Terdapat beberapa jenis *toetsingrecht,* yaitu; (a) *toetsingrecht* yang merupakan kewenangan peradilan atau dikenal dengan *judicial review*; (b) *toetsingrecht* yang merupakan kewenangan legislatif atau *legislative review*; dan (c) *toetsingrecht* yang merupakan kewenangan eksekutif atau *executive review.*[107]

Toetsingrecht kemudian seringkali disamakan dengan *judicial review* dan *constitutional review* sedangkan makna sebenarnya sangatlah berbeda. Hal ini kadang membuat suatu kebingungan akan arti dan makna sebenarnya dari pengujian konstitusional.

Perbedaan *totsingrecht, constitutional review*, dan *judicial review* tersebut dapat diuraikan dari perspektif tradisi hukum *civil law* dan *common law* yang mempunyai karakteristik peradilan konstitusi yang berbeda.

Pertama, *toetsingrecht* sangat terkait dengan supremasi parlemen yang berakar di Belanda sehingga secara filosofis pengujian undang-undang sangat sulit dilakukan karena parlemen sendiri yang memiliki kewenangan menguji undang-undang yang mereka buat. Dalam konteks *toetsingrecht* dan supremasi parlemen, mahkamah konstitusi atau peradilan tidak dapat menguji undang-undang yang dibuat parlemen.

Kedua, *constitutional review* mengacu pengujian konstitusionalitas yang disesuaikan dengan tradisi *civil law* yang terwujud dalam Dewan Konstitusi seperti Prancis atau kepada Mahkamah Konstitusi secara

[107]Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia,* (Bandung: Penerbit Alumni, 1986), hal. 5.

 sentralistis; *sementara itu*, istilah *judicial review* berakar dari tradisi hukum common law yang memberikan lembaga peradilan umum kekuasaan untuk menguji peraturan perundang-undangan terhadap konstitusi. Dalam hal ini tiap-tiap pengadilan di negara-negara bagian Amerika mempunyai sistem desentralisasi dalam melaksanakan *judicial review.*

Ketiga, *constitutional review* mempunyai ranah kompetensi absolut yang lebih sempit yaitu pengujian konstitutionalitas Undang-Undang terhadap Konstitusi. Sementara itu, *judicial review* di ranah common law mengarah pada keseluruhan pengujian konstitusionalitas peraturan perundang-undangan.

Dengan demikian tidaklah tepat untuk menyamakan istilah *toetsingrecht*, *constitutional review* atau pengujian konstitusional, dan *judicial review* karena maknanya yang berbeda-beda. Artinya, pengujian konstitusional lebih tepat diberikan untuk sistem yang ada di Indonesia.

B. Legitimasi Pengujian Konstitusional

Pengujian konstitusional dalam perkembangannya mendapat hantaman dari pengusung *counter majoritarian difficulty.*[108] Menurut pengusung "*counter majoritarian difficulty*", hakim-hakim peradilan konstitusi yang tidak dipilih langsung oleh rakyat kemudian membatalkan legislasi yang dibentuk oleh lembaga perwakilan rakyat yang dipilih langsung oleh rakyat. Dengan demikian, hakim-hakim tersebut tidak bisa diberikan kewenangan untuk menafsirkan kebijakan yang sesuai dengan keinginan rakyat serta kewenangan dalam menguji kebijakan-kebijakan yang bertentangan dalam berbagai situasi oleh institusi-institusi yang berlainan.

Berkenaan dengan hal ini, Ronald Dworkin menekankan bahwa masalah *counter majoritarian difficulty* tidak akan terjadi apabila putusan pengadilan didasarkan hanya pada asas fundamental.

Jurgen Habermas dalam pembelaannya terhadap *constitutional court* menyatakan bahwa *constitutional court* tidak bernegasi dengan demokrasi karena *constitutional court* melindungi prinsip demokrasi dari pemerintahan melalui perlindungan dari proses demokrasi itu sendiri atau memastikan bahwa suatu keputusan dirumuskan berdasarkan hukum.[109]

---

[108] Alexander M Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.* (New Haven: Yale UP, 1986), p. 17-33.

[109] Jurgen Habermas, *Judiciary and Legislature: On the Role and Legitimacy of Constitutional Adjudication, chapter 6 in Between Facts and Norms: Contributions to a*

Dengan demikian, untuk menjawab legitimasi dari *constitutional review* dalam kerangka demokrasi tidak bisa hanya dengan menitikberatkan pada demokrasi prosedural yang merupakan ide dasar demokrasi, melainkan melihat dari nilai substansif dari demokrasi misalnya, kesamaan hak-hak politik dan lain-lain. Dari perspektif ini, bagaimanakah peran dari pengujian undang-undang dalam mewujudkan atau malah mengabaikan nilai substansif dari demokrasi.

Penelitian di beberapa negara menunjukkan bahwa legitimasi *constitutional court* diperoleh melalui proses waktu yang lama dan dapat diakselerasi melalui strategi kehumasan yang menjelaskan peranan dari *constitutional court* dan alasan-alasan putusan[110]. Hal inilah yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi RI yang dengan giat melakukan kegiatan-kegiatan sosialisasi mengenai perannya dalam kekuasaan kehakiman maupun juga transparansi dan publikasi putusan-putusan MK.

Pengalaman Amerika menunjukkan bahwa sifat kenegarawanan peradilan dapat menjadi elemen utama yang sangat diperlukan dalam menumbuhkan legitimasi itu. Dalam putusannya di Marbury v Madison, Mahkamah Agung Amerika yang baru terbentuk mengakui bahwa, putusan yang banyak menuai perdebatan atau bahkan diabaikan akan berakibat pada masa depan pengadilan sebagai sebuah institusi itu sendiri. Pengadilan harus berhati-hati ketika menggunakan instrumen pengujian konstitusional dengan cara yang tidak frontal terhadap cabang-cabang kekuasaan lain.[111]

C. Tipologi *Constitutional review* dan *Judicial Review*

Dalam sistem konstitusionalisme dunia saat ini, terdapat beberapa tipe pengujian konstitusional atau *constitutional review* yang dapat diklasifikasikan ke dalam tipe-tipe berikut ini:

1. *Preventif* dan *Refresif*

   Pengujian undang-undang *preventif* adalah pengujian undang-undang yang dilakukan sebelum undang-undang yang menjadi

---

Discourse Theory of Law and Democracy, translated by William Rehg. (Cambridge: MIT Press, 1996).

[110]James L. Gibson, Gregory A. Caldeira, and Vanessa A. Baird, *On the Legitimacy of National High Courts,* American Political Science Review 92(2): 343-358 (1998).

[111] Robert G McCloskey, *The American Supreme Court, 2nd ed.,* (Chicago: University of Chicago Press, 1994).

objek pengujian disahkan. Contoh dari pengujian undang-undang *preventif* adalah pengujian yang dilakukan oleh Perancis melalui *conseil constitutionnel*. Sistem *preventif* diterapkan oleh Portugal, Hongaria, dan Rumania. Sistem refresif di sisi lain hanya membolehkan pengujian undang-undang dilakukan setelah undang-undang disahkan. Sistem refresif dipraktikkan oleh Jerman dan Indonesia.

2. *Concrete review* dan *Abstract Review*
   Dalam tipologi *concrete review*, suatu undang-undang tidak diuji dalam pengertian abstract namun dilihat akibat langsung keberlakukan undang-undang secara konkrit, putusan pengadilan, dan tindakan administratif dalam peristiwa konkrit. Di sisi lain, *Abstract review* merupakan tipe pengujian konstitusional yang menentukan konstitusionalitas suatu produk hukum tanpa memperhatikan persoalan konkrit tertentu.
3. *Decentralized dan Centralized*
   Tipe desentralistik atau model Amerika, disebut model desentralistik atau terpencar karena memberi kewenangan kepada para hakim pengadilan reguler untuk melakukannya. Dalam model ini, kewenangan hakim di pengadilan tidak hanya untuk menyelidiki suatu UU apakah bertentangan atau tidak dengan dengan UUD tetapi juga untuk menyelidiki tindakan-tindakan badan administrasi negara apakah bertentangan atau tidak dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, termasuk bertentangan atau tidak dengan konstitusi.
4. Berbeda dengan tradisi pengujian Amerika ini, model sentralistik menyerahkan kewenangan dan fungsi menguji UU terhadap konstitusi kepada organ khusus yang lepas sama sekali dari pengadilan reguler. Perbedaan mendasar antara tradisi sentralistik dan tradisi desentralistik ini sebenarnya merupakan refleksi perbedaan latar belakang sejarah ketatanegaraan dan pengalaman politik yang dialami negara-negara dengan tradisi hukum Anglo-Saxon (*common law*)-dalam hal ini AS-dengan negara-negara yang menganut tradisi hukum sipil (*civil law*) di Eropa seperti Jerman, Austria, dan Portugal.[112]

[112]Benny K. Harman, *Op. Cit.* hal. 86

Bab 7
PENAFSIRAN KONSTITUSI

A. Pengertian Umum

Istilah penafsiran konstitusi merupakan terjemahan dari *constitutonal interpretation* merupakan penafsiran terhadap ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam konstitusi atau Undang-Undang Dasar.[113]Mengenai ukuran kejelasan dalam peraturan perundang-undangan (termasuk konstitusi atau Undang-Undang Dasar).

Ada 2 (dua) teori penemuan hukum, yaitu : (1) penemuan hukum heteronom; dan (2) penemuan hukum otonom. Penemuan hukum heteronom terjadi pada saat hakim dalam memutus perkara dan menetapkan hukum menganggap dirinya terikat pada kaidah-kaidah hukum yang disodorkan dari luar dirinya. Diandaikan bahwa makna atau isi dari kaidah pada prinsipnya dapat ditemukan dan ditetapkan secara objektif, atau setidaknya dapat ditetapkan dengan cara yang sama oleh setiap orang.

Penemuan hukum otonom artinya menunjuk pada kontribusi pemikiran hakim. Hakim dapat memberikan masukan atau kontribusi melalui metode-metode interpretasi yang sesuai dengan model penemuan hukum legistik atau melalui metode-metode interpretasi yang baru seperti metode interpretasi teleologikal dan evolutif-dinamikal dimana hakim menetapkan apa tujuan, rentang jangkauan atau fungsi dari suatu kaidah hukum, kepentingan-kepentingan apa yang hendak dilindungi oleh kaidah hukum itu, dan apakah kepentingan tersebut benar terlindungi apabila kaidah hukum itu diterapkan ke dalam suatu kasus konkret dalam konteks kemasyarakatan yang aktual. Metode interpretasi teleologikal dan evolutif-dinamikal ini juga memberikan kepada hakim alternatif kemungkinan

---

[113] Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi,* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), hal. 63.

 untuk menelaah apakah makna yang pada suatu saat secara umum selalu diberikan pada suatu kaidah hukum tertentu masih sesuai dengan perkembangan aktual masyarakat.[114]

Adapun menurut Jimly Asshididiqie, penafsiran merupakan kegiatan yang sangat penting dalam hukum dan ilmu hukum. Penafsiran merupakan metode untuk memahami makna yang terkandung dalam teks-teks hukum untuk dipakai dalam menyelesaikan kasus-kasus atau mengambil keputusan atas hal-hal yang dihadapi secara kongkrit. Disamping itu, dalam bidang hukum tata negara, penafsiran dalam hal ini *judicial interpretation* (penafsiran oleh hakim), juga dapat berfungsi sebagai metode perubahan konstitusi dalam arti menambah, mengurangi, atau memperbaiki makna yang terdapat dalam teks undang-undang dasar.[115]

Dari perspektif teori penafsiran, sangat menarik untuk melihat apakah penafsiran konstitusi berbeda dari penafsiran hukum biasa, misalnya peraturan perundang-undangan yang secara hierarkis berada di bawah Konstitusi. Secara umum, interpretasi dapat didefinisikan sebagai suatu tindakan yang bertujuan untuk mengatasi persoalan ketidakpastian dalam suatu teks yang abstrak. Penafsiran juga dapat didefinisikan sebagai pemberian, menentukan atau mengkonfirmasi beberapa konten makna dari sekelompok kemungkinan arti.

B. Dua Kutub Tradisi Penafsiran Konstitusi

Isu yang paling penting tentang pengujian konstitusional adalah bukan pertanyaan tentang legitimasinya melainkan apa metode yang tepat penafsiran konstitusi? Dalam konteks ini, kita harus memutuskan apakah konstitusi yang statis atau berkembang. Kemudian jika konstitusi berkembang untuk menyesuaikan dengan perubahan sosial, pertanyaan logis berikutnya adalah tentang bagaimana dinamika konstitusi tersebut tercermin dalam dokumen melalui interpretasi atau proses amandemen? Erwin Chemerinsky berpendapat bahwa jawaban atas pertanyaan ini tergantung pemaknaan konstitusi dalam melayani dua tujuan dasar yaitu: 'menjaga nilai-nilai fundamental' dan 'pemersatu' bangsa.[116]

Chemerinsky menambahkan pernyataan bahwa, "tujuan-tujuan konstitusi dapat dicapai hanya jika konstitusi berkembang melalui

---

[114]Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum Acara Mahkamah..., Op.Cit.,* hal. 66-67

[115]Jimly Asshididiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara,.. Op. Cit.*, hal. 273.

[116]Erwin Chemerinsky, *Interpreting The Constitution,* (Praeger Publishers, 1987).

interpretasi". Jika konstitusi berkembang melalui interpretasi hukum itu berarti bahwa hakim akan memberikan makna pada teks konstitusi. Penafsiran konstitusi adalah proses pemberian makna pada ketentuan-ketentuan konstitusional yang spesifik untuk menyelesaikan kontroversi konstitusional di suatu negara. Dengan demikian, penafsiran konstitusi merupakan proses penting untuk mencapai tujuan konstitusi dalam konteks tertentu.[117]

Sejarah perkembangan sistem hukum di dunia membelah sistem hukum menjadi dua sumbu utama yaitu *civil law* dan *common law*, oleh karena itu penafsiran konstitusi harus dianalisis dari kacamata kedua tradisi tersebut. Untuk kepentingan analisis dari kedua sistem hukum, maka sistem penafsiran Amerika Serikat dan Jerman perlu dijadikan acuan guna mewakili kedua tradisi sistem hukum tersebut.

Konsepsi hukum dan proses peradilan di Jerman berfokus pada ide hukum didasarkan pada positivisme hukum atau *Begriffsjurisprudenz*, hal ini didasarkan dari fakta bahwa Jerman memiliki sistem hukum Eropa kontinental. Undang-Undang, peraturan-peraturan dan hukum, sebagai suatu sistem yang logis dan masuk akal serta dogmatis hukum adalah ciri khas dari konsepsi hukum Jerman. Dalam hal ini, proses peradilan dipengaruhi oleh gagasan klasik hakim sebagai corong hukum. Metode interpretasi yang khas adalah interpretasi gramatikal, interpretasi sejarah, interpretasi, interpretasi sistematis dan teleologis. [118].

Di Jerman, hakim biasanya menafsirkan makna teks secara harfiah dan kemudian didukung dengan penafsiran sistematis, penafsiran teleologis dan penafsiran berdasarkan sejarah. Kegiatan judisial bersifat rasional, konseptual dan ideal. Proses tersebut dapat digambarkan sebagai proses dialektis. Di Jerman, yurisprudensi merupakan proses ilmiah dan terakumulasi melalui argumen akademis. Penggunaan aturan formal lebih disukai daripada diskresi, meskipun interpretasi bersifat terbuka karena norma-norma yang terbuka untuk ditafsirkan. Namun demikian, karena aturan formal mempunyai klausa yang bersifat umum dan abstrak sehingga memberikan ruang yang luas untuk penafsiran hukum.[119]

---

[117] *Ibid.*

[118] Winfried Brugger, *Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Antropology: Some Remarks from a German Point of View,* The American Journal of Comparative Law, Vol. 42, No.2 (Spring, 1994), p. 69.

[119]Geraldina González De La Vega, *Two Different Approaches In Constitutional Interpretation With Special Focus in Religious Freedom: A Comparative Study Between*

Di sisi lain, konsepsi hukum Amerika adalah pragmatis. Sejarah hukumnya lebih didasarkan pada sisi nyata hukum, sehingga sistem common law berfokus pada kasus hukum dan putusan pengadilan. Konsepsi ini dapat diringkas oleh kutipan dari Oliver Wendell Holmes, "*the life of the law has not been logic, it has been experience*". Perbedaan sistemik dan budaya juga menunjukkan pengaruh dalam penafsiran konstitusi. [120]

Proses peradilan di Amerika Serikat dapat dicirikan sebagai proses yang lebih praktis dengan berorientasi pada pengalaman atau argumen secara umum. Penggunaan diskresi lebih diutamakan dibanding aturan. Amerika mempunyai perundang-undangan yang rinci dan memiliki definisi yang tepat dan konkret. Dengan sifat perundang-undangan yang rinci dan konkret tersebut, penafsiran tekstual menjadi sesuatu yang cukup mengikat; hakim akan melihat pada pengertian umum dan legislator intent. Penggunaan analogi sangat jarang dilakukan. Kegiatan peradilan beorientasi pada pengalaman dan kasus.[121]

Dalam konteks hak-hak fundamental tertentu, Mahkamah Agung AS dan para pengamat hukum cenderung menafsirkan hak sebagai batasan untuk tindakan negara. Hak untuk bebas berekspresi, misalnya, mencegah pemerintah untuk campur tangan dalam urusan pers, hak untuk menjalankan agama mencegah pemerintah untuk terlibat dalam urusan agama. Mahkamah Konstitusi Jerman, sebaliknya, berpendapat bahwa hak juga harus dilihat sebagai nilai tertentu yang seringkali membutuhkan tindakan positif negara. Sebuah putusan penting tahun 1958 tentang kebebasan berpendapat menggambarkan konsepsi hak sebagai keharusan positif pemerintah mulai diterapkan oleh Mahkamah Konstitusi Jerman.

E. Moral Reading Ronald Dworkin

Peningkatan kualitas konstitusionalisme terutama pada putusan-putusan konstitusi dapat ditingkatkan melalui "*fussion of constitutional law and moral theory*". Demikianlah yang dikemukakan Ronald Dworkin pada tahun 1977 yang kemudian teori ini dikenal dengan moral *reading*

Germany And The United States, Boletin Mexicano De Derecho Comparado, Nueva Serie, Ano Xli, Num. 122, Mayo-Agosto De 2008, p. 70.

[120] *Ibid.*

[121] *Ibid.*

of constitution. Dworkin memberikan abstraksi dari teks-teks konstitusi seperti kebebasan berpendapat, *due process*, dan kesamaan bagi warga. Teks-teks konstitusi ini memberikan landasan bagi prinsip kesamaan dan kebebasan dan hakim-hakim yang menafsirkan konstitusi harus menerapkan prinsip-prinsip ini dengan memberikan penafsiran terbaik yang sesuai dengan moral. Sesuai dengan kedudukannya, konstitusi menurut dworkin tidak cukup ditafsirkan secara umum saja karena menafsirkan secara umum dapat menurunkan derajat konstitusi ke level perundang-undangan.

Dworkin berargumen, pertama, hakim-hakim tidak akan bisa bebas untuk menggunakan diskresi ketika memutus permasalahan hukum tertentu termasuk dalam kasus yang tidak mempunyai landasan hukum yang jelas. Ketika hakim kehabisan landasan yang berdasar pada hukum positif, hakim tersebut harus mendasarkan putusannya tidak pada norma bukan hukum atau standar non-hukum, namun pada suatu prinsip hukum. Prinsip hukum ini menurut Dworkin, adalah bagian dari hukum sebagaimana aturan positif dan mengikat hakim.

Namun demikian, Dworkin mengemukakan bahwa politik tidak akan bisa dilepaskan dari interpretasi konstitusi sebagaimana juga interpretasi konstitusi harus tetap mendasarkan diri pada filosofi moral. Dengan mendasarkan pada pembedaan antara kebijakan dan prinsip hukum, Dworkin menarik kesimpulan bahwa interpretasi konstitusi dapat tetap berada di atas pengaruh politik jika interpretasi tersebut benar benar didasarkan pada prinsip hukum.

Bagaimanakah menemukan prinsip hukum ini. Dworkin menjelaskan bahwa prinsip-prinsip hukum dalam penafsiran konstitusi harus melalui suatu proses penarikan atau abstraksi prinsip konstitusionalisme berdasarkan *best light interpretation* dan teori *law as integrity*.

Secara khusus, Ronald Dworkin dengan melihat karakteristik konstitusionalisme amerika mendukung penuh hak aborsi, euthanasia, *affirmative action*, dan kebebasan berpendapat. Menurutnya, pengadilan terikat akan prinsip-prinsip konstitusionalisme mengenai kebebasan individual meskipun lembaga perwakilan rakyat mungkin membuat peraturan yang sebaliknya.

Hak aborsi menurut Dworkin adalah contoh yang penting bagi implementasi prinsip konstitusionalisme. Menurutnya, legislatif bisa saja memberikan batasan pada aborsi, namun amandemen ke-empat

belas menyatakan bahwa tidak ada seorangpun yang bisa direnggut kehidupannya, kebebasannya, dan harta bendanya tanpa *due process of law*. Prinsip konstitusionalisme yang utama disini adalah kebebasan dan dengan ini wanita berhak mempunyai kebebasan untuk memilih yang terbaik baginya.

Bab 8
HAK ASASI MANUSIA

A. Pengertian Umum

Hak asasi adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Hak asasi manusia dengan demikian dimiliki bukan karena diberikan berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata karena eksistensinya sebagai manusia.[122]

Dalam arti ini, meskipun setiap orang terlahir dengan warna kulit, jenis kelamin, bahasa, budaya dan kewarganegaraan yang berbeda-beda, ia tetap mempunyai hak-hak tersebut. Dengan demikian, hak asasi manusia mempunyai sifat yang universal. Selain bersifat universal, hak-hak itu juga tidak dapat dicabut. Dalam pengertian ini, hak asasi manusia melekat pada dirinya sebagai mahluk insani.[123]

B. Konstitusi dan HAM

Teori-teori kedaulatan yang menjadi dasar teori kenegaraan meliputi ajaran kedaulatan raja; teori kedaulatan rakyat atau teori hukum alam; faham kedaulatan negara; dan teori kedaulatan hukum (*reine rechtslehre*). Teori-teori kedaulatan inilah yang kemudian memunculkan ajaran mengenai HAM. Ajaran HAM yang dilontarkan oleh ahli-ahli hukum tersebut dianggap sebagai filsafat teori hukum alam yang mengakui bahwa hak-hak fundamental dan kodrati manusia berupa hak hidup, kemerdekaan dan hak milik (*Life, Liberty, Property*) adalah anugerah alam bagi manusia sebagai individu. Dalam konteks ini Terkenal juga adagium atau slogan: *Vox Populi, Vox Dei* (suara rakyat adalah suara Tuhan); karena suara rakyat

---

[122]Jack Donnely, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* (New York: Cornell University Press, 2003, hal. 7-21.

[123] Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia,* (Yogyakarta: PUSHAM UII, 2008), hal. 11.

 yang bersumber dari budinuraninya, adalah suara yang jujur.

Berdasarkan teori kontrak sosial,[124] untuk memenuhi hak-hak setiap manusia tidak mungkin dicapai oleh masing-masing orang secara individual, tetapi harus bersama-sama. Maka dibuatlah perjanjian sosial yang berisi tentang apa yang menjadi tujuan bersama, batas-batas hak individual, dan siapa yang bertanggungjawab untuk pencapaian tujuan tersebut dan menjalankan perjanjian yang telah dibuat dengan batas-batasnya. Perjanjian tersebut diwujudkan dalam bentuk konstitusi sebagai hukum tertinggi di suatu negara (*the supreme law of the land*), yang kemudian dielaborasi secara konsisten dalam hukum dan kebijakan negara.

Prinsip kedaulatan rakyat dapat menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakkan benar-benar mencerminkan perasaan keadilan masyarakat. Peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan atau hanya untuk kepentingan penguasa. Hukum tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan yang berkuasa, melainkan kepentingan keadilan bagi semua orang *(justice for all)*. Dengan demikian negara hukum yang dikembangkan bukan *absolute rechtsstaat*, melainkan *democratische rechtsstaat*.[125]

Prinsip keadilan dan batasan-batasan penguasa terhadap hak-hak setiap manusia tersebut kemudian mendapatkan bentuk hukumnya dalam suatu konstitusi sebagai sumber hukum tertinggi suatu negara. Ketentuan mengenai jaminan HAM dalam konstitusi, hanya mungkin dilakukan dalam sistem politik yang demokratis, karena demokrasilah yang memberikan landasan dan mekanisme kekuasaan berdasarkan prinsip persamaan dan kesederajatan manusia. Demokrasi menempatkan manusia sebagai pemilik kedaulatan yang kemudian dikenal dengan prinsip kedaulatan rakyat.[126]

---

[124] Harus diingat bahwa paling tidak terdapat tiga macam teori kontrak sosial masing-masing dikemukakan oleh John Locke, Thomas Hobbes, dan J.J. Rousseu yang masing-masing melahirkan konsep negara yang berbeda-beda. Lihat George H. Sabine, *A History of Political Theory, Third Edition,* (New York-Chicago-San Fransisco-Toronto-London; Holt, Rinehart and Winston, 1961), hal. 517 – 596.

[125] *Ibid.*

[126] Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 Perubahan ketiga menegaskan bahwa "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar". Sebelum perubahan, Pasal ini berbunyi, "kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan sepenuhnya oleh MPR". Makna perubahan itu menegaskan kedudukan undang-undang sebagai penjamin, sekaligus penjaga kedaulatan rakyat.

Kontitusi bukanlah perundang-undangan biasa, melainkan sebuah dokumen dasar yang memiliki kandungan aspek-aspek yang sangat kaya yang menyangkut banyak aspek kehidupan manusia.[127]Konstitusi mengekspresikan kosmologi bangsa, mengejawantahkan cita-cita, harapan dan mimpi tentang membangun negara dan membangun suatu dunia baru yang lebih sejahtera bagi bangsanya,[128] termasuk di dalamnya jaminan Hak Asasi Manusia.

C. Sejarah HAM

Hak asasi manusia menjadi sebuah komitmen dunia sejak dideklarasikannya DUHAM (Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia, *the Universal Declaration of Human Rights*) pada tahun 1948, dan makin mendapat bentuk hukum sejak dirumuskannya Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB) atau *the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)* dan juga Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (KIHSP) atau *the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* pada tahun 1966.

Sebelum DUHAM dideklarasikan, terdapat beberapa dokumen kesepakatan yang dapat dikatakan sebagai dokumen HAM yaitu:

1. *Magna Carta* (1215) di Inggris, berisi kesepakatan pembagian kekuasaan antara Raja John dengan para bangsawannya
2. *The Bill of Rights* (1689) juga di Inggris, berisi aturan untuk membatasi kesewenangan raja Inggris dalam mengeluarkan hukum atau peraturan baru; diperlukan persetujuan parlemen
3. *The American Declaration of Independence* (1776) dan disusul dengan *the US Bill of Rights* (1791) yang berisi perlindungan atas hidup dan kebebasannya
4. *The Declaration of the Rights of Man and the Citizen,* atau *la Declaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) di Perancis yang mau menjamin kebebasan pribadi berdasar prinsip *liberté, égalité et fraternité.*

Dalam perkembangannya, sejarah Hak Asasi Manusia dapat diperiodesasikan ke dalam tiga generasi HAM. Generasi pertama hak sipil

---

[127]Satjipto Rahardjo, *Mendudukan Undang-Undang Dasar, Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum,* (Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 2007), hal 87

[128] *Ibid,* hal 8

 dan politik, generasi kedua hak ekonomi dan sosial, serta ketiga hak atas pembangunan.

Generasi Pertama, pemikiran mengenai konsepsi hak asasi manusia yang sejak lama berkembang dalam wacana para ilmuwan sejak era *enlightenment* di Eropa, meningkat menjadi dokumen-dokumen hukum internasional yang resmi. Puncak perkembangan generasi pertama hak asasi manusia ini adalah pada persitiwa penandatanganan naskah *Universal Declaration of Human Rights*[129] Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tahun 1948 setelah sebelumnya ide-ide perlindungan hak asasi manusia itu tercantum dalam naskah-naskah bersejarah di beberapa negara, seperti di Inggris dengan *Magna Charta* dan *Bill of Rights*, di Amerika Serikat dengan *Declaration of Independence*, dan di Perancis dengan *Declaration of Rights of Man and of the Citizens*. Dalam konsepsi generasi pertama ini elemen dasar konsepsi hak asasi manusia itu mencakup soal prinsip integritas manusia, kebutuhan dasar manusia, dan prinsip kebebasan sipil dan politik.

Pada perkembangan selanjutnya yang dapat disebut sebagai hak asasi manusia **Generasi Kedua,** di samping adanya *International Couvenant on Civil and Political Rights,*[130] konsepsi hak asasi manusia mencakup pula upaya menjamin pemenuhan kebutuhan untuk mengejar kemajuan ekonomi, sosial dan kebudayaan, termasuk hak atas pendidikan, hak untuk menentukan status politik, hak untuk menikmati ragam penemuan penemuan-penemuan ilmiah, dan lain-lain sebagainya. Puncak perkembangan kedua ini tercapai dengan ditandatanganinya *International Couvenant on Economic, Social and Cultural Rights*[131] pada tahun 1966.

Kemudian pada tahun 1986, muncul pula konsepsi baru hak asasi manusia yaitu mencakup pengertian mengenai hak untuk pembangunan atau *rights to development*. Hak atas atau untuk pembangunan ini mencakup persamaan hak atau kesempatan untuk maju yang berlaku bagi segala bangsa, dan termasuk hak setiap orang yang hidup sebagai bagian dari kehidupan bangsa tersebut. Hak untuk atau atas pembangunan ini antara lain meliputi hak untuk berpartisipasi dalam proses pembangunan,

---

[129] Ditetapkan oleh Majelis Umum dalam Resolusi 217 A (III) tertanggal 10 Desember 1948.

[130] Ditetapkan melalui Resolusi Majelis Umum 2200 A (III) tertanggal 16 Desember 1966.

[131] *Ibid.*

dan hak untuk menikmati hasil-hasil pembangunan tersebut, menikmati hasil-hasil dari perkembangan ekonomi, sosial dan kebudayaan, pendidikan, kesehatan, distribusi pendapatan, kesempatan kerja, dan lain-lain sebagainya. Konsepsi baru inilah yang oleh para ahli disebut sebagai konsepsi hak asasi manusia **Generasi Ketiga.**

KOBE
UNIVERSITY
神戸大学

Bab 5
DAFTAR PUSTAKA

Asshiddiqie, Jimly, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, (Jakarta: PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994).

----------, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah konstitusi, 2006).

----------, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia: Pasca Reformasi*, (Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2008).

----------, *Redenominasi Konstitusional Mata Uang Rupiah*, Ceramah Jimly Asshiddiqie pada Diskusi Internal Pimpinan Bank Indonesia, di Jakarta, Rabu, 21 Oktober 2009.

----------, *Konstitusi Ekonomi*, (Jakarta: Kompas Penerbit buku, 2010)

Asplund, Knut D., Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: PUSHAM UII, 2008).

Azhary, Muhammad Tahir et. Al., *Piagam Madinah sebagai Konstitusi Negara Madinah dalam Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana dan Hukum Islam*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012).

Azhary, Muhammad Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta: Prenada Media, 2003).

Bankowski, Zenon, D. Neil MacCo rmick, Roberts S. Summers & Jerzy Wroblewski, *On Method and Methodology*, in: MacCormick & Summers, 1991.

Bickel, Alexander M, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. (New Haven: Yale UP, 1986).

Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The method and philosophy of law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1962).

Brugger, Winfried, *Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Antropology: Some Remarks from a German Point of View*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 42, No.2 (Spring, 1994).

Budiardjo, Miriam, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: Gramedia, 1991).

Carothers, Thomas, *Rule of law Revival*, *Foreign Affairs* 77, no. 2 (March/ April 1998).

Chemerinsky, Erwin, *Interpreting The Constitution*, (Praeger Publishers, 1987).

Davis, Kevin E. dan Michael J. Trebilcock, *The Relationship Between Law And Development: Optimists Versus Skeptics*, Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 08-24, May 2008, New York University School Of Law.

Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2002).

Fadjar, A. Mukhtie, *Tipe Negara Hukum*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2005).

Gibson, James L., Gregory A. Caldeira, and Vanessa A. Baird, *On the Legitimacy of National High Courts*, *American Political Science Review* 92(2): 343-358 (1998).

Gordon, Scott, *Controlling the state: constitutionalism from ancient Athens to today Harvard, (*University Press paperback edition, 2002)

Griffin, Stephen M., *Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 10, No. 2 (Summer, 1990).

Habermas, Jurgen, *Judiciary and Legislature: On the Role and Legitimacy of Constitutional Adjudication*, chapter 6 in *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg. (Cambridge: MIT Press, 1996).

Hadjon, Philipus M., *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, (Surabaya : PT. Bina Ilmu, 1987).

Hamidi, Jazim, *Hukum Perbandingan Konstitusi*. (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2009).

Hamzah, Fahri, *Negara Pasar dan Rakyat*, (Faham Indonesia, 2010).

Harman, Benny K., Mempertimbangkan Mahkamah Konstitusi: Sejarah Pemikiran Pengujian UU Terhadap UUD, (Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2013).

Jackson, Vicki, dan Mark Tushnet eds, *Comparative Constitutional Law*, (Foundation Press, 2005).

Kahn, Paul W., *Interpretation and Authority in State Constitutionalism*, Harvard Law Review, Vol. 106, No. 5 (Mar., 1993).

Kelsen, Hans, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, (Bandung: Penerbit Nusamedia, 2009).

----------, *The General Theory of Law and State*, (New York: Russel and Russel).

Kraynak, Robert P., *Tocqueville's Constitutionalism*, The American Political Science Review, Vol. 81, No. 4 (Dec., 1987).

Koesnardi, Moh., dan Bintan R. Saragih, Ilmu Negara, (Jakarta: Perintis Press, 1985)

Kusnardi, Moh. dan Harmaily Ibrahim, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Ctk Ketujuh, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI dan CV Sinar Bakti, 1988).

----------, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, 1998).

Linz, Juan J. & Alfred Stepan, *Toward Consolidated Democracies*, 7 J.Democracy 14, (1996).

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi,* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010).

Majelis Permusyawaratan Rakyat, Buku I, *Naskah Akademik Kajian Komprehensif Komisi Konstitusi tentang Perubahan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945*, (Jakarta: 2004).

Manan, Bagir, *Lembaga Kepresidenan*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2003).

Manan, Bagir, *Pemikiran Negara Berkonstitusi di Indonesia,* Makalah disampaikan pada Temu Ilmiah Nasional Mahasiswa Hukum Se-Indonesia, FH Unpad, Bandung. 6 April 1999.

Mas'udi, Masdar Farid, *Syarah Konstitusi: UUD 1945 dalam Perspektif Islam*, (Jakarta: Pustaka Alvabet).

McCloskey, Robert G, *The American Supreme Court*, 2nd ed., (Chicago: University of Chicago Press, 1994).

McIllwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern,* (Cornell University Press, 1947).

Norman Dorsen et al, *Comparative Constitutionalism Case and Materials*, Thomson and West, 2003.

Orgad, Liav, *The Preambule in Constitutional Interpretation*, (International Journal of Constitutional Law 8, Oxford University, 2010).

Perry, Michael J., *The Constitution in the Courts: Law or Politics*, (Oxford, 1994),

Prodjodikoro, Wirjono, *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia,* (Jakarta: Penerbit Dian Rakjat, 1983)

Pusat Penelitian dan Pengkajian Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Mekanisme Impeachment dan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi,* (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2005).

Rahardjo, Satjipto, *Mendudukan Undang-Undang Dasar, Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum,* (Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 2007).

Rosenfeld, Michel, *The Rule of law and the Legitimacy of Constitutional Democracy,* 74 S. Cal Law Review, 2001.

Rudy, *Indonesian Constitutional court in Comparative Perspective: Characteristic of Institution and Adjudication Practice*, (Kobe University Dissertation, 2012).

Sabine, George H., *A History of Political Theory*, Third Edition, (New York-Chicago-San Fransisco-Toronto-London; Holt, Rinehart and Winston, 1961).

Schmitt, Carl, *Political Theology*, trans. George Schwab (Cambridge: MIT Press, 1985).

Simanjuntak, Augustinus, *Refleksi 60 Tahun UUD 1945*, Harian Surabaya Post, 12 Agustus 2005.

Soehino. Ilmu Negara. (Liberty, Yogyakarta, 2000).

Soemantri, Sri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1986).

----------, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi,* Edisi Kedua Cetakan Kesatu (Bandung : Alumni Bandung, 2006).

Sukardja, Ahmad, *Piagam Madinah & Undang-Undang Dasar NRI 1945*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012).

Suleman, Zulfikri. *Demokrasi untuk Indonesia: Pemikiran Politik Bung Hatta*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2010)

Tamanaha, Brian Z, *on The Rule of law*, (Cambridge: University Press, 2004).

Thaib, Dahlan., Jazim Hamidi dan Ni'matul Huda, *Teori dan Hukum Konstitusi*, (Jakarta: PT Raja grafindo, 1999).

Trubek, David & Alvaro Santos eds., *The New Law and Development: A Critical Appraisal*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

Tushnet, Mark, *Comparative Constitutional Law*: in The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006.

Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, (Jakarta: Ichtiar, 1962).

Vega, Geraldina González De La, *Two Different Approaches In Constitutional Interpretation With Special Focus in Religious Freedom: A Comparative Study Between Germany And The United States*, Boletin Mexicano De Derecho Comparado, Nueva Serie, Ano Xli, Num. 122, Mayo-Agosto De 2008.

Wade, HWR, *Administrative Law*, (Oxford, 1984).

Wahjono, Padmo, Ilmu Negara, (Jakarta: Indo Hill co., 1996)

Wheare, KC, *Modern Constitution,* (Oxford University Press, 1951).

DAFTAR ISTILAH

Adat

Aturan, kebiasaan-kebiasaan yang tumbuh dan terbentuk dari suatu masyarakat atau daerah yang dianggap memiliki nilai dan dijunjung serta dipatuhi masyarakat pendukungnya.

Budaya

Suatu cara hidup yang berkembang dan dimiliki bersama oleh sebuah kelompok orang dan diwariskan dari generasi ke generasi.

Demokrasi

Bentuk atau mekanisme sistem pemerintahan suatu negara sebagai upaya mewujudkan kedaulatan rakyat (kekuasaan warganegara) atas negara untuk dijalankan oleh pemerintah negara tersebut, dimana kekuasaan pemerintahannya berasal dari rakyat, baik secara langsung atau melalui perwakilan.

Hak asasi manusia

hak yang dimiliki manusia sejak lahir.

Hakim

Aparat penegak hukum atau pejabat peradilan negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili atau memutus suatu perkara.

Hukum

Norma yang mengarahkan masyarakat untuk mencapai cita-cita serta keadaan tertentu dengan tidak mengabaikan dunia kenyataan.

Ideologi

Suatu kumpulan, gagasan, ide, keyakinan serta kepercayaan yang bersifat sistematis yang berorientasi pada tingkah laku seseorang dalam berbagai bidang kehidupan.

Interpretasi

Proses memberi arti dan signifikansi terhadap analisis yang dilakukan, menjelaskan pola-pola deskriptif, mencari hubungan dan keterkaitan antar deskripsi-deskripsi data yang ada.

Kedaulatan hukum

Kekuasaan tertinggi dalam suatu negara ialah hukum, karena itu baik raja, penguasa, dan rakyat serta negara sendiri tunduk terhadap hukum.

Kedaulatan negara

Kekuasaan tertinggi terletak pada negara. Negara sebagai lembaga tertinggi yang memiliki kekuasaan.

Kedaulatan raja

Kekuasaan tertinggi dalam suatu negara ialah raja, sehingga hukum raja merupakan norma hukum tertinggi yang harus dipatuhi oleh siapapun warga negara.

Kedaulatan rakyat

Kekuasaan pemerintah dipegang dan dijalankan oleh lembaga-lembaga negara yang terbentuk dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat.

Kedaulatan tuhan

Kekuasaan tertinggi berada di tangan tuhan, artinya, raja atau penguasa negara mendapat kekuasaan tertinggi dari tuhan sehingga kehendak raja atau penguasa juga merupakan kehendak tuhan

Kedaulatan

Kekuasaan tertinggi dalam suatu negara yang berlaku terhadap seluruh wilayah dan segenap rakyat negara itu.

Konstitusi

Undang-undang yang menjadi dasar semua undang-undang dan peraturan lain di suatu negara yang mengatur bentuk, sistem pemerintahan, pembagian kekuasaan, wewenang badan pemerintahan.

Konstitusional

Segala tindakan atau perilaku seseorang maupun penguasa berupa kebijakan yang berdasarkan atau tidak menyimpang konstitusi.

Konstitusionalisme

Suatu paham tentang pembatasan kekuasaan dan jaminan hak rakyat melalui konstitusi.

Legalitas

Perihal (keadaan) yang sah atau keabsahan

Legitimasi

Penerimaan dan pengakuan masyarakat terhadap hak moral pemimpin untuk memerintah, membuat, dan melaksanakan keputusan politik.

Lembaga legislatif

Lembaga negara dalam sistem ketatanegaraan indonesia yang merupakan lembaga perwakilan rakyat dan memegang kekuasaan membentuk undang-undang.

Mahkamah konstitusi

Lembaga tinggi negara dalam sistem ketatanegaraan indonesia yang merupakan pemegang kekuasaan kehakiman bersama-sama dengan mahkamah agung.

Norma

Suatu ukuran yang harus dipatuhi oleh seseorang dalam hubungannya dengan sesamanya ataupun lingkungannya.

Organisasi

Sebuah perkumpulan atau wadah bagi sekelompok orang untuk bekerjasama, terkendali dan terpimpin untuk tujuan tertentu.

Pancasila

Pandangan, falsafah hidup dan sekaligus dasar negara indonesia.

Partai politik

Organisasi yang bersifat nasional dan dibentuk oleh sekelompok warga negara Indonesia secara sukarela atas dasar kesamaan kehendak dan cita-cita untuk memperjuangkan dan membela kepentingan politik anggota, masyarakat, bangsa dan negara, serta memelihara keutuhan negara kesatuan republik Indonesia berdasarkan pancasila dan undang-undang dasar negara republik Indonesia tahun 1945.

Pemilihan umum

Salah satu instrumen mewujudkan kedaulatan rakyat yang bermaksud membentuk pemerintahan yang sah serta sarana mengartikulasi aspirasi dan kepentingan rakyat.

Penafsiran konstitusi

Proses pemberian makna pada ketentuan-ketentuan konstitusional yang spesifik untuk menyelesaikan kontroversi konstitusional di suatu negara.

Pengujian konstitusional

Pengujian mengenai nilai konstitusionalitas undang-undang baik dari segi formil maupun materiil

Sentralisasi

Pola kenegaraan yang memusatkan seluruh pengambilan keputusan politik ekonomi, sosial di satu pusat.

Sistem

Suatu kesatuan prosedur atau komponen yang saling berkaitan satu dengan yang lainnya bekerja bersama-sama sesuai dengan aturan yang diterapkan sehingga membentuk suatu tujuan yang sama.

Sistem hukum

Suatu kesatuan hukum dari unsur hukum yang saling berhubungan dan bekerjasama sebagai suatu kesatuan untuk mencapai tujuan tertentu.

Sumber hukum

Segala sesuatu yang menimbulkan aturan-aturan yang mempunyai kekuatan bersifat memaksa, yaitu apabila dilanggar akan mengakibatkan timbulnya sanksi yang tegas.

INDEKS

A

absolutisme 4, 5, 13
Adat 9, 56
Agama 28
aturan 11, 17, 19, 23, 33, 41, 42, 43, 47, 59

B

Bill of Rights 48
budaya 42, 45

C

civil law 13, 18, 35, 38, 41
common law 11, 13, 18, 23, 24, 35, 36, 38, 41, 42
constituent 25
constitutional review 22, 35, 36, 37

D

Decalaration of Independence 48
Declaration of Rights of Man and of the Citizens 48
demokrasi ekonomi 6
demokrasi politik 6
demokrasi tidak langsung 6
due process 23, 43, 44

E

eksekutif 8, 11, 18, 20, 21, 30, 35
enlightenment 48

F

federal 19, 30, 31, 32, 33
fundamental 17, 19, 20, 25, 28, 29, 31, 36, 40, 42, 45

G

generasi 47, 48, 56

H

hak asasi manusia 5, 12, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 30, 45, 48, 49
hakim 9, 32, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43
hukum 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 56, 57, 59

I

ideologi 2
internasional 12, 20, 48
International Couvenant on Economic, Social and Cu 48
interpretasi 24, 32, 33, 39, 40, 41, 43
interpretasi hukum 41

K

kebiasaan 4, 10, 19, 32, 33, 34, 56
Kedaulatan 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 28, 46, 51, 57
Kedaulatan Hukum 7
kedaulatan negara 4, 7, 45
kedaulatan raja 3, 4, 25, 45
kedaulatan rakyat 3, 4, 6, 7, 25, 45, 46, 56, 58
Kedaulatan Tuhan 2
kekuasaan 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 36, 37, 46, 47, 56, 57, 58
kesatuan 1, 2, 18, 21, 23, 25, 30, 32, 58, 59
konstitusi 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 51, 57, 58
Konstitusi 18
Konstitusional 11, 13, 16, 33, 35, 36, 51, 57
Konstitusionalisme 21, 23, 24, 57

L

lambang 20
legalitas 12, 14
lembaga 8, 19, 20, 21, 26, 33, 36, 43, 57, 58

M

Magna Charta 48
Mahkamah Konstitusi 14, 29, 35, 37, 39, 40, 42, 53, 54
Mukadimah 28

N

negara bagian 30, 31, 32, 33, 36
negara hukum 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 24, 46
nilai 21, 22, 23, 28, 29, 30, 37, 40, 42, 56, 58
Nomokrasi Islam 13, 14, 15
norma 17, 18, 19, 21, 25, 26, 29, 41, 43, 57

O

organ 17, 20, 38
organisasi 2, 8, 12, 28

P

Pancasila 29, 58
partai politik 7, 18
pemerintah 7, 10, 11, 12, 16, 18, 21, 22, 23, 25, 30, 32, 42, 56, 57
pemilihan umum 12, 22
penafsiran konstitusi 39, 40, 41, 42, 43
perjanjian 3, 4, 5, 20, 46
Perubahan Konstitusi 29, 31, 54
pilar 7, 11, 14
politik 1, 6, 7, 12, 17, 18, 19, 20, 21, 28, 37, 38, 43, 46, 48, 58, 59
politis 18
prinsip 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 18, 19, 22, 23, 28, 36, 43, 46, 47, 48

R

referendum 32, 33
representatif 23
representation 6
rights to development 48

S

sistem hukum 13, 27, 41
sistem perwakilan 6
sosialisme 14, 15
sumber hukum 3, 4, 7, 20, 31, 46
supremasi 14, 24, 32, 35

T

tradisi 9, 11, 13, 14, 18, 23, 24, 34, 35, 36, 38, 41

U

unifikasi 18, 20
Universal Declaration of Human Rights 48
UUD 1945 6, 10, 12, 20, 28, 29, 46, 53, 54

V

volonte de tous 5
volonte generale 5

W

wakil rakyat 7

Y

yudikatif 8, 18, 30

UNIVERSITAS LAMPUNG

Seri Publikasi Rudy

Seri publikasi Rudy adalah salah satu usaha untuk menyebarluaskan ide-ide tentang konstitusi dan konstitusionalisme. Rudy menyadari bahwa ide besar tentang konstitusi dalam prakteknya tidak otomatis mencerminkan konstitusionalisme. Seri publikasi ini berusaha untuk terus memberikan perkembangan isu-isu terkait konstitusionalisme di Indonesia.

publication R

Rudy adalah anak keenam dari Bapak Lukman Hakim seorang Jaksa sederhana dan Ibu Saniah, Guru Sekolah Dasar di Kota Bandar Lampung. Pendidikan dasar mulai dari SDN 2 Sumur Batu, SMPN 2 Tanjungkarang, dan SMUN 2 Bandar Lampung semua diselesaikan di Kota Bandar Lampung.

Sejak kecil Rudy aktif dalam organisasi Pramuka dan pada tahun 1994 menjadi utusan Provinsi Lampung untuk mengikuti Lomba Tingkat V Nasional di Jakarta. Pada tahun 1995, Rudy menjadi utusan Provinsi Lampung untuk mengikuti Lomba Cepat Tepat P4 di Jakarta. Rudy juga pernah menjadi Ketua Kelompok Ilmiah Remaja di SMUN 2.

Setelah menorehkan prestasi sebagai peraih Nilai Ebtanas Murni tertinggi pada ilmu sosial di Provinsi Lampung. Rudy meninggalkan Lampung untuk menempuh pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia melalui Jalur Undangan. Rudy berhasil menyelesaikan pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia dalam waktu 3,5 Tahun dan meraih predikat cumlaude serta IPK tertinggi di angkatan kelulusannya.

Sejak 2003, Rudy mengabdi di Fakultas Hukum Universitas Lampung. Pada tahun 2005, Rudy mendapatkan beasiswa *Monbukagakusho* untuk melanjutkan pendidikan *Master of Laws* di bawah bimbingan Prof. Yuka Kaneko di Kobe University yang diselesaikannya pada tahun 2007. Akhir 2008, Rudy mendapatkan beasiswa Dikti untuk melanjutkan pendidikan *Doctor of Laws* di Kobe University dibawah bimbingan Professor Yuka Kaneko dan selesai tahun 2012.

Kini, Rudy kembali ke Fakultas Hukum Universitas Lampung dan aktif sebagai pengajar, penulis dan pembicara di tingkat Lokal, Nasional, maupun Internasional. Rudy rutin mengikuti *Asian Law Institute Conference.* Saat ini Rudy tinggal di Kota Bandar Lampung bersama Istri tercinta Martina Anggisilova dan gadis kecilnya Haruka Alisha Jayaperwira. Bukunya yang telah terbit berjudul **Hukum Pemerintahan Daerah Perspektif Konstitusionalisme Indonesia** (Indepth Publishing, 2012)

Pusat Kajian Konstitusi dan Peraturan
Perundang-Undangan (PKKPUU)
Fakultas Hukum Universitas Lampung

ISBN 978-602-17813-1-9
9 786021 781319